

Sentencia T-1341/01

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general sobre controversias contractuales

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance

Dentro del campo de las actuaciones administrativas “el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico”. Efectivamente, las actuaciones de la Administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con que ella cuenta no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho.

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCION-Areas en las que se pueden dar

En el marco de las actuaciones de la Administración, la protección del derecho de defensa y de contradicción puede darse en dos áreas: i.) en la sede estrictamente administrativa o ii.) en la de los estrados judiciales administrativos.

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCION-Area estrictamente administrativa

La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra, pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que “ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público”. La protección del derecho aludido, en este primer ámbito referido, ha permitido a la Corte manifestar que la vía gubernativa hace viable la garantía de la protección del derecho de defensa (y contradicción) de los administrados ante la propia sede de la Administración.

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCION-Area de los estrados judiciales administrativos

En la perspectiva de la segunda área enunciada, se tiene que para la efectividad del derecho de defensa y de contradicción, el ordenamiento jurídico ha dispuesto una jurisdicción encargada de resolver los conflictos jurídicos

que se susciten entre el administrado y la Administración por la actividad de ésta, con el establecimiento de unas reglas propias que fijen los trámites que permitan resolverlas a través de la utilización de las respectivas acciones y procesos fijados con tal fin, consignadas en el Código Contencioso Administrativo (v.gr. nulidad y restablecimiento del derecho y contractual, entre otras).

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Formas de amparo por juez de tutela ante falta de protección eficaz y completa

POTESTAD EXCEPCIONAL DE LA ADMINISTRACION EN MATERIA CONTRACTUAL-Finalidad

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

POTESTAD EXCEPCIONAL DE LA ADMINISTRACION EN MATERIA CONTRACTUAL-Regulación

El señalamiento de las potestades excepcionales de la Administración en el campo de la contratación estatal constituye materia legislativa. La Ley 80 de 1993, las define como medios brindados a las entidades estatales para que garanticen el cumplimiento del objeto contractual, y se concretan en potestades de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato, declaración de la caducidad, etc.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Terminación unilateral por la Administración

La Ley 80 de 1993, autoriza a la Administración a dar por terminado unilateralmente el contrato estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, y por razones que sobrevengan durante la ejecución del mismo, en la medida en que el servicio público lo requiera o el orden público lo imponga o por causas atinentes al contratista, que dificulten su ejecución.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Terminación unilateral por causa de nulidad absoluta

La potestad de terminación unilateral del contrato estatal por causa de una nulidad absoluta constituye un “deber legal” a cargo de la Administración,

que ha de ser ejercitada una vez comprobada la configuración de la causal, pero que no invade la competencia judicial sobre la declaratoria de la nulidad absoluta y la invalidez jurídica del contrato viciado, ya que la misma está reservada al juez contencioso administrativo

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCION EN MATERIA CONTRACTUAL-Marco jurídico

NULIDAD ABSOLUTA EN MATERIA CONTRACTUAL-Alcance

Las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona. Además, atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene.

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCION EN MATERIA CONTRACTUAL-Ineficacia

El ejercicio del derecho de defensa del contratista a través del agotamiento de un procedimiento previo a la adopción por parte de la Administración de la decisión de terminación unilateral del contrato estatal que los une, es ineficaz jurídicamente. El respeto que se exige a un debido proceso administrativo para ejercer la defensa y contradicción ante la Administración en la oportunidad que se analiza, en este preciso caso no lleva envuelta la garantía de la protección y realización de otros derechos fundamentales por ella desconocidos. Por el contrario, la defensa que pudiere adelantarse está referida a derechos de orden legal claramente derivados de la relación contractual, respecto de lo cual existen las respectivas acciones y procedimientos que permitan satisfacer esa finalidad.

CONTRATO DE CONSULTORIA-Terminación unilateral por objeto ilícito

ACCION DE TUTELA-Improcedencia respecto a terminación unilateral del contrato de consultoría

DEBIDO PROCESO-Inexistencia de vulneración

Referencia: expediente T-463.211

Acción de tutela instaurada por Inversiones Los Angeles Ltda. contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla

Magistrado Ponente:
Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre del año dos mil uno (2001).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Araújo Rentería, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Segundo Penal Municipal y el Juzgado Tercero Penal del Circuito, ambos de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Inversiones Los Angeles Ltda. contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Previa autorización del Concejo Distrital adoptada mediante el Acuerdo No. 002 del 31 de mayo de 2000, el 7 septiembre siguiente la alcaldía de Barranquilla ordenó la apertura del concurso GP-001-2000, cuyo objeto era contratar asesoría técnica para la Administración y coordinación integral de la gestión tributaria en ese distrito, en desarrollo de la cual el contratista debía realizar actividades dirigidas a la recuperación de la cartera y el aumento del recaudo de los impuestos distritales, el control a la evasión así como a la elusión y el beneficio de los contribuyentes a través de la permanente modernización tecnológica del respectivo sistema.

1.2. Como resultado de esa convocatoria se adjudicó el concurso público de méritos a Inversiones Los Angeles Ltda.,¹ mediante la Resolución No. 262 del 17 de octubre de 2000, y se suscribió el 29 de noviembre de 2000 el respectivo contrato identificado como GP-CM-CONS-001-2000, cuyo objeto se definió de la siguiente manera:

“la asesoría técnica de administración y coordinación integral de la gestión tributaria a cargo del contratista consultor y en desarrollo de esa asesoría deberá realizar las que de ella implique: procesamiento, revisión, fiscalización, programación, aforo, citaciones, liquidaciones, facturación, gestión para la recuperación de la cartera y para el aumento de los recaudos de los impuestos Distritales, entre ellos, predial unificado, industria y comercio, avisos y tableros y demás impuestos Distritales e impuestos varios, que se relacionan en el anexo 1 del presente contrato, controlando la evasión y elusión con el fin de generar beneficios para los contribuyentes y el Distrito de Barranquilla a través de una permanente modernización tecnológica”.

Además, se dejó en claro que los términos de referencia del concurso, como la propuesta del concursante, constituían parte integral del contrato, al igual que los documentos referidos en la cláusula vigésima tercera del mismo.

1.3. La Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante oficio No. 5789 del 30 de noviembre de 2000, planteó objeciones al contrato frente a la estipulación de la *“prima para acceder al contrato”* y la falta de una autorización por parte de esa cartera para el sobreendeudamiento del Distrito por virtud de la celebración del contrato. Así mismo, expuso dudas sobre la legalidad y naturaleza de dicho acuerdo de voluntades.

1.4. El día 1o. de diciembre de 2000, las partes contratantes suscribieron un acta en la que acordaron suspender el alcance de las cláusulas relacionadas con el pago de la *“prima técnica para acceder al contrato”* y condicionaron su cancelación a exigencias adicionales.

1.5. El día 5 de diciembre de 2000, al tiempo que se suscribió el acta de inicio del contrato de consultoría, se dejó constancia sobre la falta de entrega de la base de datos de los impuestos, a partir de la cual el contratista prestaría la asesoría. También se aprobó la garantía única de cumplimiento mediante la Resolución 285 y se inició la gestión tendiente al cumplimiento del contrato y empalme con la empresa FENIX SOFT Ltda., con quien el distrito tenía una

¹ Constituida mediante Escritura Pública No. 838 del 24 de octubre 1997 en la Notaría Unica de Ciénaga (Magdalena) e inscrita en la Cámara de Comercio de Barranquilla bajo el número 72264.

relación contractual con similar objeto contractual próxima a vencerse el siguiente 15 de diciembre de ese mismo año.

1.6. El 13 de diciembre de 2000, mediante oficio No. VPJ-1099, el presidente de La Previsora, compañía que administraba el fideicomiso *“Impuestos de Barranquilla”* y que debía pagarle al contratista sus honorarios, rehusó hacerlo argumentando que el contrato se encontraba *“en entredicho jurídico hasta tanto se obtenga pronunciamiento favorable del Ministerio de Hacienda sobre el cumplimiento de las normas de endeudamiento”*, y advirtió que *“si se concuerda con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, podría a su vez configurar el supuesto de hecho de la causal de nulidad contemplada en su numeral 2o....”*

1.7. Estando en curso la ejecución del contrato, el 3 de enero de 2001 la sociedad contratista solicitó al secretario de hacienda del Distrito de Barranquilla que agilizara la entrega de *“todo lo comunicado y ordenado en la Resolución 077 del 21 de diciembre de 2000”*. El 5 de enero siguiente, mediante el ejercicio de un derecho de petición elevado ante el Distrito de Barranquilla, la sociedad accionante solicitó que se informara la razón que motivó *“el cambio de recolección de las colillas, nota, auto declaraciones y demás documentos de todos los impuestos Distritales”*, como quiera que se enteraron por información suministrada por los bancos locales que la secretaría de hacienda distrital había ordenado la entrega de dicha documentación a la Fiduciaria La Previsora y no a ella como contratista.

1.8. A la primera de las solicitudes reseñadas, el gerente de proyectos del Distrito de Barranquilla respondió que *“no cuenta con la base de datos”* e informa sobre la detección de *“una serie de inconsistencias graves”* tras la revisión de los documentos contractuales y, en consecuencia, cita a la sociedad contratista a una reunión el 11 de enero de 2001 a las 11 a.m., con el propósito de revisar tales.

1.9. En dicha reunión, según la sociedad contratista, los funcionarios del Distrito de Barranquilla manifestaron que las inconsistencias radicaban en lo siguiente: la supuesta insuficiencia de la garantía única de cumplimiento, como consecuencia de la indebida forma de calcular el valor fiscal del contrato; por la misma causa, el indebido pago del impuesto de timbre al realizarse de manera progresiva y sin tomar como referencia dicho valor, irregularidad manifestada igualmente respecto de los demás impuestos a cargo del contratista. Finalmente, la falta de autorización de la junta de socios al señor David Char Navas para suscribir el contrato. Según se manifiesta en la demanda, el vocero de la sociedad comercial contratista expuso argumentos y documentos que *“permitieron evidenciar la equivocación en la que habían incurrido”*.

1.10. Posteriormente, la sociedad contratista manifiesta que solicitó –entre otras ocasiones- el 15 y 16 de enero de 2001, documentación y actuaciones de parte de la entidad pública para la adecuada ejecución del contrato y a fin de dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas con el Distrito de Barranquilla, tanto “*en virtud del contrato de consultoría como de los actos administrativos por él emitidos*”. Frente a tales requerimientos, el secretario de hacienda distrital, de esa ciudad, mediante oficio del 6 de febrero de 2001, comunicó que la información estaba siendo recopilada para absolver las peticiones en los diez (10) días siguientes, advirtiendo que la firma FENIX SOFT Ltda. “*no ha entregado la base de datos pese a los requerimientos que se han hecho a la misma en tal sentido.*”

1.11. Así mismo, FENIX SOFT Ltda. respondió a la sociedad contratista la solicitud que ésta le hiciera directamente el 15 de enero de 2001, para la entrega de los documentos y la base de datos, indicando que “*no es posible entregar información mientras no medie autorización escrita del contratante*”. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi respondió, también, a una solicitud del mismo día en relación con la entrega de la base de datos catastral de Barranquilla, informando que la misma se había suministrado al jefe de impuestos distrital de esa ciudad.

1.12. Por su parte, la Administración Distrital, el día 7 de marzo de 2001, remite comunicación a Inversiones Los Angeles Ltda., indicando que “*se abstiene de dar respuesta a sus peticiones en consideración a que mediante resolución No. 0118 de febrero 28 del año en curso y la Resolución No. 0132 del 09 de marzo de 2001 expedida por el Despacho del Señor Alcalde Distrital de Barranquilla se dio por terminado de consultoría (sic) GP-CM-CONS-001-2000 celebrado en noviembre 29 del 2000 entre el Distrito Industrial y Portuario de Barranquilla e Inversiones los Angeles Ltda.*”(subraya no original).

1.13. El 9 de marzo de 2001 el secretario general de la alcaldía del Distrito de Barranquilla solicita al representante legal de la sociedad contratista comparecer para ser notificado de las Resoluciones No. 0118 y 0132 de 2001, la cuales finalmente se notificaron por edicto fijado el 22 de marzo de 2001 y desfijado el 5 de abril del mismo año. La Administración argumenta la existencia de objeto ilícito en el contrato y la ilicitud de algunas cláusulas específicas del mismo.

1.13.1. La decisión de declaración unilateral del contrato estatal se sustenta de la siguiente forma por la Administración:

En relación con el objeto ilícito del contrato, después de hacer mención a normas de la Constitución y la ley, así como de jurisprudencia constitucional², la Administración Distrital concluye que las normas sobre tributos son de orden público, de suerte que son indisponibles entre las partes de un contrato. En esa medida, explica que la gestión tributaria es monopolio de los funcionarios fiscales y su delegación no es factible de ninguna manera, menos aún, tomando en cuenta que en Colombia las entidades territoriales no cuentan con soberanía fiscal y sus competencias en este tema se ejercen con estricta sujeción a la ley.

Al respecto, expone que el amplio objeto convenido dista de configurar una asesoría técnica y promueve, en cambio, la privatización de la gestión tributaria, la cual queda a cargo del contratista consultor quien puede llevar a cabo actividades indelegables, como son el *“procesamiento, revisión, fiscalización, programación, aforo, citaciones, liquidaciones, facturación, gestión para la recuperación de la cartera y para el aumento de los recaudos de los impuestos distritales... controlando la evasión y la elusión”*. En suma, concluye que el objeto contractual pactado desconoce las siguientes disposiciones: C.P. arts. 6, 189-20, 287-3; Estatuto Tributario arts. 560 y 561; Ley 383 de 1997 art. 66; Ley 80 de 1993 art. 32-1; acuerdo 004 de 1999 “Estatuto Tributario Distrital”.

1.13.2. En lo que atañe a algunas cláusulas específicas, en la resolución se motiva su ilicitud así:

1.13.2.1. Respecto del literal d) de la cláusula segunda *“gestión de cobro en el procedimiento de cobro coactivo”*, indica que se trata de una función asignada de manera expresa al alcalde por el artículo 91 de la Ley 136 de 1994. Sustenta la tesis sobre la indelegabilidad de la misma en particulares, con base en citas de jurisprudencia del Consejo de Estado³, en las que se plantea que el legislador es el único que puede investir de jurisdicción coactiva a los funcionarios en los ramos de la administración nacional, departamental, municipal y del Distrito Capital.

1.13.2.2. Frente a la parte II del literal g) de la cláusula sexta según la cual *“...las amnistías y cualquier decisión que afecte los ingresos de dinero y cambio en la base de datos, dichas decisiones serán de común acuerdo entre el Distrito y el Contratista”*. Al respecto, argumenta que no se puede contratar con un particular el ejercicio de esta atribución y menos en la medida en que una amnistía tributaria es una decisión unilateral de la Administración que no

² Corte Constitucional, Sentencia C-495 de 1998, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de septiembre de 1991 Exp. 3333, entre otras.

³ Sección Quinta, auto del 3 de octubre de 1991, Exp. 36, Sección Cuarta, auto del 5 de mayo de 1989, Exp. 2093, Sección Quinta, auto del 8 de mayo de 1997, Exp. 0810.

se decide de “*común acuerdo*” con particulares en virtud de la ejecución de un contrato. Explica que se trata de una atribución exclusiva del Concejo Distrital y que en caso de delegarse se atenta contra el principio, según el cual, no hay impuesto sin representación, los artículos 313-4 y 338 superiores, así como el artículo 32-7 de la Ley 136 de 1994.

1.13.2.3. Frente al párrafo de la cláusula quinta según el cual “*la ejecución del objeto del contrato a cargo del Contratista no implica en absoluto operaciones de crédito público, como tampoco el recaudo, la administración y manejo de los recursos que se generan por la captación de los impuestos distritales, mientras se encuentren vigentes contratos de Encargo Fiduciario y de Fiducia Mercantil*”, estima que el adverbio “*mientras*” sugiere que una vez terminados esos contratos el particular podrá realizar las actividades referidas, es decir, captar dineros de los contribuyentes, guardarlos en sus oficinas, administrarlos y manejarlos, lo cual sólo lo pueden hacer las instituciones financieras en ejercicio de una actividad altamente intervenida por el Estado. Sobre el tema invoca como desconocidos los artículos constitucionales 287-3, 295-9, 315-9, 335, 315-9.

1.13.2.4. En cuanto a la parte I del literal d) de la cláusula sexta, según la cual se autoriza al contratista “*a deducir del valor a cancelar la suma de cinco mil millones de pesos*”, contenida en la cláusula segunda literal g) del contrato, los cuales debían ser pagados por el contratista a título de “*anticipo a recaudos futuros y prima para acceder al contrato*”, explica que puede ser interpretada de dos maneras con igual subsistencia del objeto ilícito:

i.) Si se entiende que se reembolsan al contratista esos dineros que pagó como anticipo de recaudos futuros, advierte que como recaudos que son, es decir, como ingresos ordinarios de la entidad territorial integrantes de su presupuesto, se estaría donando al contratista esa cuantiosa suma con dineros cuya naturaleza no lo permite, conforme al artículo 355 de la Constitución. Por ello afirma que “*si una persona paga anticipadamente lo que debe, está extinguiendo una obligación. El acreedor se hace dueño de esos recursos. El dinero ingresa al tesoro del distrito. Y si luego este lo devuelve, como dice el contrato, estaría disponiendo de recursos públicos sin autorización legal, incurriendo incluso en un delito*” **ii.)** Y, de interpretarse como un crédito a favor de la Administración, se vulnera la ley de endeudamiento Ley 358 de 1997, como lo habría afirmado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en tanto que no se solicitó la autorización requerida para el efecto y en contraposición del artículo 364 superior. De la misma manera aclara que la fijación de un crédito como condición para acceder a un contrato de consultoría, convierte en crédito el objeto del contrato, sin autorización para ello, contrariando, los artículos 13, 209 y 355 de la Constitución, entre otras normas de orden legal.

1.13.2.5. La resolución expone que con la suspensión indefinida de las cláusulas 2 y 6 del contrato en cuanto al pago de la suma de siete mil millones, se modificó el pliego de condiciones como quiera que las reglas de juego fijadas en aquel resultaron estructuralmente transformadas, al reducir y alterar la prima establecida. En su criterio, de esta manera se contraría los principios a la igualdad y la transparencia con que debe adelantarse del proceso de selección del contratista “*pues si de antemano los eventuales concursantes hubiesen sabido de tan insospechado beneficio, tal vez muchos habrían presentado sus propuestas en el concurso.*” Es decir, colige que con lo relatado se anunció un contrato y se suscribió otro, con lo que se desconocieron los artículos 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Constitución Política.

1.13.2.6. Por último, sustenta la “*lesividad del contrato*” a partir del cuestionamiento a las múltiples formas de remuneración pactadas a favor del contratista, la cuales considera excesivamente onerosas. Señala las previsiones que en este sentido se hicieron, según las cuales, el contratista ganaría un porcentaje del 9.2% de los ingresos ordinarios, un 15% del *plus* que obtenga para el Distrito y una garantía mínima anual de seis mil millones de pesos.

i.) Respecto de la primera previsión, señala que es un porcentaje excesivo sobre una suma que la Administración viene percibiendo históricamente y que aumenta conforme al crecimiento de la ciudad y, muy poco, por el impacto de una asesoría. En cuanto al 15% sobre el *plus* recaudado, asevera que la proporción si bien está sólo un poco por encima de lo que los bancos pagan a “los bufetes” por el cobro de la cartera morosa, reitera que la función, en materia tributaria, no puede ser delegada en particulares. **ii.)** Sobre la garantía de ingreso mínimo anual, la califica de insólita pues ya no se trata de que el contratista tome una garantía única de cumplimiento sino al revés. Además considera que con esa garantía se atenta contra el interés público y la finalidad del contrato, ya que el particular tiene un ingreso asegurado sin importar el rendimiento de su gestión.

iii.) En cuanto al plazo de 20 años, afirma que desarmoniza con la naturaleza del contrato de asesoría y atenta contra “la democracia,” así como advierte que este elemento, sumado al aludido valor del contrato, configura un perjuicio patrimonial para el Distrito que asciende a varios centenares de millones de dólares, lo cual resulta intolerable.

Con base en lo anterior, en la parte resolutive se decretó la terminación unilateral y la liquidación del contrato, así como se ordenó al secretario general

del Distrito iniciar y llevar hasta su culminación una acción contenciosa contractual de nulidad absoluta del contrato de consultoría y la compulsación de copias a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, para lo de sus respectivas competencias.

2. La demanda de tutela

El representante legal de la entidad accionante, David Char Navas, instauró acción de tutela en contra del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, trámite del cual conoció el Juzgado Segundo Penal Municipal de esa ciudad.

En criterio del señor Char Navas, con la expedición por parte del Alcalde Distrital de Barranquilla de la Resolución No. 0118 del 28 de febrero de 2001, por medio de la cual se declaró la terminación unilateral del contrato en comento y la No. 0132 del 9 de marzo de 2001, que la adicionó en su parte resolutive, se vulneró el derecho al debido proceso administrativo de su representada (CP, art. 29).

Explica que la Administración Distrital *“incurrió en acciones y omisiones tendientes a evitar la ejecución del contrato”*, a pesar de los múltiples requerimientos de la sociedad contratista en los que se reiteraba la voluntad de cumplir debida y oportunamente el objeto del mismo, y respecto de los cuales *“el Distrito de Barranquilla le hizo creer a Inversiones Los Angeles Ltda. que estaba recopilando toda la información solicitada por ésta para el adecuado cumplimiento del contrato; incluso le hizo creer que si la base de datos no le había sido entregada era porque, a pesar de ‘los requerimientos’ del Distrito en tal sentido, FENIX SOFT no había hecho lo propio.”*

Pone de presente que mientras su representada estaba a la espera de la resolución de las peticiones elevadas, el Distrito preparaba a espaldas de ella la terminación del contrato *“con argumentos que no fueron puestos a consideración de Inversiones Los Angeles Ltda.”*, y sin brindarle la oportunidad de ser escuchado en relación con ellos.

Así mismo, la sociedad accionante reconoce que si bien dentro del trámite de la tutela no puede efectuarse un estudio de la legalidad del acto de terminación unilateral, estima necesario exponer algunas consideraciones al respecto. Efectivamente, plantea que los fundamentos que sirven al acto de terminación unilateral del contrato no constituyen de modo alguno violación de normas

constitucionales o legales, sino criterios de conveniencia, es decir, que a la nueva Administración *“le parece muy costoso el contrato y demasiado extendido en el tiempo*, con otros criterios encaminados a desvirtuar la juridicidad del objeto contractual, los cuales anota que no pueden enmarcarse dentro de las previsiones de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

Advierte, igualmente, que es necesario tomar en cuenta que el ejercicio de la prerrogativa consistente en dar por terminado el contrato, por manifiesta violación de la Constitución o la ley (Ley 80 de 1993 art. 44 num. 2 y 45), no puede ejercitarse aludiendo a *“puntos altamente discutibles, o por lo menos susceptibles de interpretaciones encontradas”*. Añade que la revocación de un acto administrativo particular sin el consentimiento expreso del titular y sin la concurrencia de las causales previstas para el efecto, vulnera el debido proceso.⁴

A continuación, controvierte extensamente otro de los argumentos plasmados en la resolución, según el cual el término de duración del contrato –20 años– atenta contra la democracia. Al respecto, manifiesta que se trata de una *“[e]xtraña visión de la función pública , que no permite proyectar las decisiones del Distrito a largo plazo por cuanto lo que dure más de tres años es definitivamente a su juicio contrario a la democracia.”* Igualmente, refuta la consideración de que el objeto contratado corresponde a una función relativa a los tributos que no es susceptible de tal proceder conforme al artículo 338 de la Constitución y el 66 de la Ley 383 de 1997, pues insiste en que el contrato no es para crear y administrar los tributos sino para asesorar al Distrito técnicamente en la administración y coordinación de la gestión tributaria.

También, se refiere a la vulneración del debido proceso a través de la transcripción de abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relacionada con el tema, lo que, según señala, le permite concluir que la Administración para expedir sus actos, aún los contractuales, debe informar con anterioridad a los afectados las razones de los mismos, sin perjuicio de los recursos ante la vía gubernativa, pues *“cualquier actuación en sentido contrario será violatoria del debido proceso administrativo.”* En apoyo de este argumento, hace mención, además, al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, según el cual, *“[l]as normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales”*. Y, en consecuencia, se refiere al artículo 3o. del C.C.A. y destaca el principio de contradicción allí contenido, conforme al cual debe darse la oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones administrativas, citando igualmente los artículos 28 y 35 *ibidem*.

⁴ Al respecto cita la Sentencia T-024 de 1999.

De lo anterior colige que, aún cuando a juicio de la Administración sus decisiones sean ciertas y encuentren respaldo jurídico, ese hecho no la libera de la obligación de dar la oportunidad de conocer las motivaciones del acto respectivo a los afectados, de manera previa, para que éstos puedan ejercer su derecho de defensa, obligación que considera más exigente cuando se trata del uso de facultades o prerrogativas excepcionales como las que se ejercen en virtud de los contratos estatales, situación que no se puede entender cumplida tan sólo permitiendo el ejercicio de los recursos que procedan contra tales decisiones. Sobre el punto, asegura que de la abundante correspondencia cruzada entre las partes se puede observar que la Administración Distrital nunca aludió a los argumentos que posteriormente expuso en la Resoluciones cuestionadas, como tampoco los puso de presente en la reunión citada y realizada con los representantes de esa Administración, el 11 de enero de 2001.

Por último, señala que el principio de legalidad de los actos administrativos fue eludido por las Resoluciones cuestionadas, como quiera que terminaron por revocar la Resolución de adjudicación el contrato No. 262 del 17 de octubre de 2000, la cual por mandato expreso del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 tiene carácter irrevocable.

Con base en los argumentos expuestos, solicita se ordene la suspensión de la Resolución No. 118 del 28 de febrero de 2001 y de la Resolución No. 132 del 9 de marzo de 2001, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al contratista *“representado por las ganancias que gradualmente se reportarían a su favor como resultado de la ejecución del contrato hasta el momento de la sentencia definitiva.”*

3. Argumentos de defensa de la entidad demandada

El gerente de la oficina jurídica de la alcaldía Distrital de Barranquilla presentó, ante el juzgado de tutela, los siguientes argumentos para que se denegara el amparo:

En primer término, sustenta la inexistencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio, por no reunir los elementos que lo estructuran, según lo establecido por la jurisprudencia constitucional⁵ y, porque considera que los perjuicios con connotación económica son, por definición, remediables. En relación con este tema advierte, además, que las personas jurídicas no pueden padecer un perjuicio irremediable *“por asuntos que por su naturaleza son susceptibles de volver al*

⁵ En relación con el tema transcribe apartes de la Sentencia T-225 de 1993.

estado anterior” y en la medida en que el supuesto perjuicio, según la sociedad accionante, ya se habría consumado.

Alude, por otra parte, a la existencia de otro mecanismo de defensa ante el juez administrativo para debatir el asunto planteado y llama la atención sobre el hecho *“de que el contratista interpuso la tutela antes que el recurso de reposición del que dispone para agotar la vía administrativa.”* Lo cual, desde su punto de vista, denota que *“el contratista evade los cauces normales y legales para controvertir actos jurídicos y se refugia una y otra vez en la tutela.”*

En relación con la figura de la terminación del contrato por nulidad absoluta derivada de objeto ilícito -artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993-, precisa que se trata de un deber imperioso que se ejerce de manera inmediata, y resulta incompatible efectuar cualquier consulta previa al contratista, así como innecesaria, en tanto esa actuación no está llamada a subsanar la nulidad. Agrega que no se trata de una sanción sino del restablecimiento del orden jurídico y que la referencia de la sociedad accionante, al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, según el cual *“[l]as normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales”*, no es pertinente en el presente caso, ya que el procedimiento a seguir se encuentra regulado de manera completa en dicha ley.

Considera necesario que se haga una diferenciación entre la figura de la revocatoria directa y la nulidad por objeto ilícito, y enfatiza que ésta última es un procedimiento especial para la terminación de un contrato que prima sobre el general de la revocatoria.

Finalmente, como consideración adicional reitera los argumentos expuestos en la resolución cuestionada para sustentar el objeto ilícito del contrato y adiciona una petición para que se condene en costas al accionante por incurrir, en su concepto, en manifiesta temeridad.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Fallo de primera instancia

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranquilla, mediante fallo del 17 de abril de 2001, decidió negar el amparo solicitado por considerar que la controversia planteada es de orden legal e involucra derechos puramente

económicos.

También llama la atención sobre el hecho de que la sociedad accionante no hiciera uso del recurso de reposición en la vía gubernativa, e insiste en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Por otra parte, hace referencia a los mecanismos ordinarios ante la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de destacar su idoneidad para resolver y garantizar los derechos de la sociedad accionante, así como argumenta la inexistencia de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo de manera transitoria.

a. . **Impugnación**

La sociedad accionante, por medio de apoderado, impugnó el fallo de primera instancia con base en las consideraciones que a continuación se resumen:

Explica que el fallo recurrido ignoró las argumentaciones planteadas por su representada, además de encontrarse insuficientemente motivado y contradictorio, en razón de su defectuosa redacción. En efecto, insiste en que la pretensión planteada dentro del trámite de tutela no atañe de manera alguna a la interpretación, aplicación o ejecución del contrato, como lo afirma el *a-quo*, sino a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por la ausencia de una actuación previa de notificación a Inversiones Los Angeles Ltda. de los argumentos que, posteriormente, sirvieron a la Administración para declarar la terminación unilateral del contrato. De esta manera, afirma que en el asunto planteado existe un “*elemento adicional que tiene relevancia constitucional*”⁶ y que determina la procedencia de la acción de tutela.

En cuanto al aludido mecanismo ordinario que, en criterio del juez de instancia, excluye la posibilidad de que la tutela proceda, el apoderado, con apoyo en la sentencia SU-039 de 1997, pone de presente argumentos de compatibilidad entre los dos mecanismos judiciales y transcribe un extenso aparte de dicha providencia.

De otra parte, señala que la no interposición del recurso de reposición en la vía gubernativa tampoco configura una causal de improcedibilidad del amparo conforme al artículo 86 de la Constitución y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, pues las causales hacen referencia a medios judiciales. Además, añade

⁶ Hace mención a la sentencia T-643 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell

que el recurso se tornaba inocuo pues, en relación con este asunto, el alcalde había manifestado a la opinión pública, por diferentes medios de comunicación, que *“no vamos a dar marcha atrás”*.

A continuación, reitera los argumentos de la demanda y los expuestos en el escrito del día 3 de abril de 2001, en especial, los tendientes a rechazar que los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 dispogan un procedimiento para la terminación del contrato y que tal implique la terminación *“fulminante”* e *“inmediata”* del mismo. Al respecto indica que de interpretarse así la norma se estaría frente a una decisión de plano de las que se encuentran proscritas en el ordenamiento jurídico, por atentar contra el derecho de defensa y audiencia, salvo excepciones expresas como la del artículo 155 del CCA.

Tampoco comparte la consideración según al cual el objeto de la garantía previa al acto consista en obtener el consentimiento del contratista para tomar la decisión de dar por terminado el contrato o para sanear una nulidad absoluta, como quiera que la finalidad del derecho de audiencia es informar sobre la iniciación de la actuación administrativa para así proteger del derecho fundamental al debido proceso y brindar garantía a los intereses particulares.

Sobre el particular, agrega que el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, advierte al juez administrativo que declara la nulidad para que *“[e]n todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*. A partir de lo cual, plantea que no parece razonado que un juez de la República no pueda declarar la nulidad de oficio a menos que intervengan las partes contratantes, mientras un servidor público de la Administración si pueda declarar la existencia de una causal de nulidad y proceder a la terminación del contrato sin que el contratista haya podido intervenir antes de que se tome tal decisión.

Indica que no se puede deducir el respeto del derecho fundamental invocado por la notificación de los actos administrativos de terminación del contrato *“no obstante haberse adelantado toda la actuación a espaldas suyas, y lo que es mas grave aún, como se expuso en la demanda, de manera oculta y violentando los principio (sic) de buena fe, transparencia y publicidad que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.)”*

Finalmente, arguye que las consideraciones del juez de primera instancia para desestimar la posibilidad de suspender los actos administrativos cuestionados obedecen a simples razones de forma encaminadas a desatender la protección de un derecho fundamental.

4.3. Fallo de segunda instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del 4 de mayo de 2001, decidió otorgar el amparo y *“REVOCAR como en efecto REVOCA EN TODAS SUS PARTES el fallo proferido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA de fecha Abril 17 de 2001 dentro de la acción de tutela presentada como mecanismo transitorio por DAVID CHAR NAVAS en nombre y representación de la SOCIEDAD COMERCIAL INVERSIONES LOS AGELES LTDA contra EL DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA.”* Adicionalmente, ordenó al alcalde Distrital de Barranquilla *“que a partir de la notificación de esta decisión no se le de aplicación a las resoluciones No. 118 del 28 de febrero y 132 del 9 de marzo de 2.001 expedidas en su calidad de alcalde Distrital de Barranquilla, hasta tanto la jurisdicción **CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA** resuelva definitivamente sobre la constitucionalidad o legalidad de los citados actos administrativos.”* (destacados originales)

La anterior decisión se sustenta en la exposición inicial de algunas breves consideraciones en relación con la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, los elementos configurativos de un perjuicio irremediable y el debido proceso administrativo, para luego manifestar la adhesión a las consideraciones expuestas por la sociedad accionante, en el sentido de que la facultad de la Administración, contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, consistente en dar por terminado el contrato tras la verificación de una causal de nulidad absoluta, debe ejercerse en el marco de los principios que rigen la función pública, conforme al artículo 209 constitucional.

Entiende el *ad quem* que, independientemente de si se trata de una sanción o no, las actuaciones administrativas que concluyen con actos de tal naturaleza y que afecten intereses particulares, deben sujetarse a las normas del Código Contencioso Administrativo que cita el actor (artículos 28 y 35) y, al respecto, señala el alcance del derecho fundamental al debido proceso en el ámbito administrativo con apoyo en doctrina nacional⁷.

Seguidamente, al igual que se hace en la impugnación, pone de presente la compatibilidad entre las acciones ordinarias y las extraordinarias, en concreto, entre la suspensión provisional de los actos administrativos y la inaplicación en sede de tutela, con base en lo expuesto por la sentencia SU-039 de 1997. Termina su argumentación expresando que se configura un perjuicio irremediable con ocasión de los *“graves daños a los bienes morales y*

⁷ Transcribe apartes del Tratado de Derecho Administrativo del Dr. Jaime Orlando Santofimio.

materiales que se encuentran en el haber de la persona jurídica titular” del derecho fundamental al debido proceso vulnerado.

5. Pruebas recaudadas

El Magistrado Ponente mediante auto del 9 de octubre del presente año, para efectos de obtener una mayor información sobre algunos aspectos relatados en la demanda de tutela, solicitó a la entidad accionada copia de los contratos 0025-99, 0026-99, 0027-99 y 0028-99 suscritos entre el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y la sociedad FENIX SOFT LTDA. Así mismo, requirió al representante legal de ese Distrito para que informara acerca de los temas tratados en la reunión celebrada con la sociedad accionante – Inversiones Los Angeles Ltda., el 11 de enero de 2001, atinentes al respectivo contrato de consultoría celebrado con esta sociedad el 29 de noviembre de 2000 (CM-CONS-001-2000), todo lo cual fue aportado oportunamente (fls. 112 - 133).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela antes reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el auto de fecha 17 de julio de 2001, proferido por la Sala de Selección Número Siete de esta Corporación.

2. La materia sujeta a examen

De los hechos relatados en los antecedentes de esta providencia, se observa que la sociedad Inversiones Los Angeles Ltda.. actora en el presente proceso, considera que se le ha desconocido el derecho fundamental al debido proceso, con la decisión adoptada por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, de terminar unilateralmente el contrato de consultoría con ella suscrito (GP-CM-CONS-001-2000), para la *asesoría técnica de administración y coordinación integral de la gestión tributaria*. En efecto, a su juicio, la falta de conocimiento sobre el inicio de dicha actuación administrativa violó su derecho de defensa y audiencia, en tanto que se le impidió discutir y controvertir la situación argüida en su contra, aún cuando la decisión afectaba sus intereses particulares.

En consecuencia, la cuestión jurídica debatida ante la jurisdicción constitucional de tutela y que deberá dilucidar esta Sala para efectos de adelantar la revisión de los fallos proferidos en esa sede, consiste en determinar el alcance de la protección del derecho de defensa de los administrados, frente al ejercicio de una potestad excepcional de la

Administración, dentro del ámbito de la contratación administrativa, como sucede con la terminación unilateral del contrato estatal, por razón de la configuración de una causal de nulidad absoluta.

A través del análisis de cada uno de los aspectos relacionados con la potestad mencionada, la Sala establecerá los criterios que guiarán la revisión del ejercicio de la misma en el caso *sub examine*. Dichos aspectos se refieren a las siguientes materias: la exclusión del ámbito de la sede de tutela del análisis de las controversias contractuales de orden puramente legal, la efectividad del derecho al debido proceso y de sus principios medulares, el derecho de defensa y el de contradicción, en las instancias administrativas y ante los jueces administrativos, los alcances de la potestad excepcional de la Administración en materia contractual, y la vigencia de ese derecho de defensa y contradicción en el marco de la potestad de la terminación unilateral del contrato estatal, en forma previa a su ejercicio.

3. Consideraciones previas

3.1. Las controversias contractuales administrativas son ajenas a la competencia de los jueces de tutela

Previamente al estudio del caso *sub examine*, la Sala estima necesario resaltar que, como la cuestión jurídica analizada tiene origen dentro del marco de la ejecución de un contrato estatal, el respectivo estudio no podrá versar sobre el contenido de los actos expedidos durante la vigencia del mismo. Por las situaciones fácticas ya relatadas y por las razones que se expondrán en seguida, el análisis tendrá que circunscribirse al procedimiento previamente adelantado por la Administración Distrital, para producir el acto de terminación unilateral del contrato de consultoría suscrito entre las partes actora y demandada, de manera que se pueda establecer si la actuación que se censura, de dicha entidad accionada, configuró una vulneración del ordenamiento superior.

La precisión efectuada deriva del hecho de que la competencia establecida para los jueces de tutela se encuentra específicamente delimitada dentro del orden constitucional. Así, la Carta Política, en su artículo 86, garantiza mediante la acción de tutela la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, en forma inmediata y directa, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados con la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares en los casos legalmente señalados, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, dentro del ordenamiento jurídico. Entonces, la acción de tutela es regida por el principio de residualidad de cuya vigencia se exceptúan dos situaciones, a saber: la existencia de un medio defensa judicial que carezca de idoneidad o eficacia para cumplir con ese propósito de protección y la configuración de un perjuicio irremediable, que dé lugar al

amparo constitucional en su modalidad transitoria.

Este presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela se aplica a los conflictos derivados de la celebración, ejecución o terminación de los contratos en general, pues los mismos forman parte de la órbita competencial ordinariamente establecida al juez del respectivo contrato⁸, resultando ajena a la de los jueces de tutela, en razón a la naturaleza del conflicto, en tanto que el mismo es de orden legal. La procedencia de la acción de tutela se daría, entonces, solamente en el preciso evento de que la controversia contractual comprendiera la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y en los casos exceptuados antes establecidos. De lo contrario, dicha acción se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional, subsidiaria y residual sobre las demás jurisdicciones ordinarias, contraviniendo claramente la voluntad de los Constituyentes de 1991 al diseñar este amparo.

Escapa, así, al conocimiento en sede de tutela, el examen del contenido de la mayoría de los actos administrativos que se produzcan con motivo de la ejecución de un contrato estatal⁹, puesto que para ello cuentan, primero, con la vía gubernativa, a través del recurso de reposición y, luego, con la vía contenciosa, mediante la interposición de la acción contractual, por disposición del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, ante la jurisdicción contencioso administrativa, según el artículo 75 de la misma ley.

Por lo tanto, es necesario determinar, como en efecto se hará en el siguiente apartado, si la discusión que se genera en torno de la actuación cuestionada de la Administración Distrital de Barranquilla trasciende el ámbito de las controversias puramente legales, como son las relativas a la interpretación y aplicación de la ley contractual estatal, para efectos de comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela, como sería el relacionado con la vigencia del debido proceso ante la Administración.

3.2. Breve descripción del alcance del derecho al debido proceso administrativo dentro del marco constitucional vigente

Como se ha afirmado en anteriores pronunciamientos de esta Corporación, el derecho fundamental al debido proceso, en los términos que establece el

⁸ *Vid.* Sentencias T-605 y T-613 de 1995, T-307 y T-340 de 1997, T- 643 de 1998, y T-1386 de 2000, entre muchas otras.

⁹ Salvo en los casos de los actos de calificación y clasificación de proponentes, adjudicación y declaratoria de desierta de la licitación, los cuales son impugnables por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. *Vid.* Sentencia (expediente T-83897, abril 17 de 1996, ECM.)

artículo 29 de la Carta Política, “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 estatales¹⁰”.¹¹

La aplicación del derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituye un desarrollo del fundamento filosófico del Estado de derecho¹². Por virtud de ello, toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

La Corte, por tal razón, ha dicho que dentro del campo de las actuaciones administrativas “el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico”.¹³ Efectivamente, las actuaciones de la Administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con que ella cuenta no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho.

Debe entonces anotarse, para concluir esta consideración, que el objeto del derecho al debido proceso en el ámbito de la Administración Pública, es el de garantizar que sus actuaciones se sujeten al orden jurídico vigente “con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernados”¹⁴. Este criterio fue ampliamente desarrollado por la Corte de la siguiente manera:

“ 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

¹⁰ Sentencia T-416/98.

¹¹ Sentencia C-383 de 2000.

¹² Vid. Sentencias T-120 de 1993, T-1739 de 2000 y T-165 de 2001.

¹³ Vid. Sentencia T-049 de 1993.

¹⁴ Sentencia T-442 de 1992.

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”.¹⁵

Por último, es importante resaltar que al ser el derecho al debido proceso un presupuesto esencial de la legalidad de las actuaciones y procedimientos administrativos, en los cuales se vea envuelta la garantía de la protección y realización de los derechos de las personas, su efectividad no puede apreciarse como algo estrictamente formal.

En efecto, el derecho al debido proceso satisface las exigencias que sean indispensables para asegurar la efectividad material de los derechos y de esta manera la prevalencia del derecho sustancial (CP, art. 288), fin esencial del Estado social de derecho (CP, art. 2o.). De esta manera, la garantía de la realización de una actuación o proceso adelantados en debida forma debe constituir una oportunidad material para que se otorgue adecuada protección de los derechos de las personas, mediante el ofrecimiento de todos los medios posibles y adecuados para lograr dicho fin.

Por consiguiente, se desconoce la realización objetiva del derecho material y la prevalencia del derecho sustancial cuando, por ejemplo, se obstruye la utilización de una regla procesal conducente a la efectividad del respectivo derecho alegado o, también, cuando la forma procesal que se pretende adoptar resulta ineficaz para alcanzar el propósito esperado con la misma¹⁶, situaciones éstas que son determinables según el caso analizado.

3.3. Efectividad del derecho al debido proceso, en su principio medular del derecho de defensa y contradicción, en las instancias administrativas y ante los jueces administrativos

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Vid.* Sentencia C-383 de 2000.

También cabe destacar que las actuaciones administrativas y judiciales se subordinan a la efectividad del derecho al debido proceso y, consecuentemente, a los principios que lo integran. En efecto, el debido proceso muestra un contenido conformado por una pluralidad de principios, entre los cuales se encuentran el del juez natural, el de la presunción de inocencia, el de la defensa y contradicción, etc. Este último, como los demás que se establecen en el artículo 29 de la Constitución, presenta la estructura jurídica de un derecho fundamental¹⁷. Por consiguiente, su vigencia no está restringida a un ámbito específico, sino que constituye fundamento esencial tanto de los juicios administrativos como de las actuaciones realizadas en la sede administrativa.

En el marco de las actuaciones de la Administración, la protección del derecho de defensa y de contradicción puede darse en dos áreas: **i.)** en la sede estrictamente administrativa o **ii.)** en la de los estrados judiciales administrativos.

i.) La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que “ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público”¹⁸.

La protección del derecho aludido, en este primer ámbito referido, ha permitido a la Corte manifestar que la vía gubernativa hace viable la garantía de la protección del derecho de defensa (y contradicción) de los administrados ante la propia sede de la Administración. Esta consideración ha sido desarrollada jurisprudencialmente, en los siguientes términos:

“El derecho de defensa de los posibles afectados por una decisión de la administración, es garantizado mediante la consagración de la posibilidad de recurrir las decisiones que expida ésta en sede administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional.

Para los administrados, esta garantía se concreta de dos formas: 1. les permite acudir ante el mismo funcionario que expidió el acto (recurso de reposición) o ante su superior jerárquico (recurso de apelación), con el fin de que lo revise, modifique o revoque, de ser el caso (Art. 50 C.C.A.); y 2.

¹⁷ *Vid.* Sentencia C-095 de 2001, con apoyo de la Sentencia T-572 de 1992.

¹⁸ Sentencia T-165 de 2001.

se suspende el carácter ejecutorio del acto mientras se resuelven los recursos interpuestos (Art. 64 C.C.A.).

Ahora bien, la vía gubernativa no es sólo ni principalmente una garantía para los administrados; es también una garantía para la administración, quien a través de la exigencia de la interposición de recursos asegura la posibilidad de revisar sus decisiones antes de que éstas sean sometidas al escrutinio judicial, lo que le permite ahorrar los altos costos que se derivan de una decisión ilegal.

La exigencia para los administrados de agotar la vía gubernativa, constituye un obstáculo que puede diferir el acceso a la vía jurisdiccional, más promisorio y cierta en la protección de sus derechos. Por esta razón, el requisito del agotamiento de la vía gubernativa se excluye en algunos casos en los que la naturaleza de la decisión administrativa o el rango del funcionario que la ha tomado, hacen demasiado gravosa la exigencia de ese requisito para el administrado. Aunque, en realidad, la exclusión de agotar la vía gubernativa responde más al deseo de salvaguardar los intereses de la administración, que no son otros que los que se derivan del interés general”.¹⁹

ii.) En la perspectiva de la segunda área enunciada, se tiene que para la efectividad del derecho de defensa y de contradicción, el ordenamiento jurídico ha dispuesto una jurisdicción encargada de resolver los conflictos jurídicos que se susciten entre el administrado y la Administración por la actividad de ésta (CP, arts. 236, 237 y 238), con el establecimiento de unas reglas propias que fijen los trámites que permitan resolverlas a través de la utilización de las respectivas acciones y procesos fijados con tal fin, consignadas en el Código Contencioso Administrativo (*v.gr.* nulidad y restablecimiento del derecho y contractual, entre otras).

No es necesario elaborar un detallado análisis acerca de la finalidad y características de cada una de esas acciones para señalar su eficacia con respecto de la protección del derecho mencionado de los administrados que acuden a dicha jurisdicción, por cuanto excedería al objeto de este estudio. Es suficiente precisar que la determinación de la procedencia o improcedencia del medio de defensa judicial consagrado en la ley que regula las formas de control de las actuaciones administrativas, con el fin de asegurar la protección de ese derecho fundamental, debe responder a ciertos parámetros de eficacia e idoneidad. Esto, toda vez que la protección efectiva de los derechos fundamentales resulta ser diferente cuando el patrón normativo de interpretación y definición del caso es la ley y no la Constitución.

¹⁹ Sentencia C-432 de 1996.

Tal criterio ha sido sostenido por la Corte cuando señaló que “(...) la materia objeto de examen puede no estar comprendida dentro del ámbito de aquél [*del orden legal*], ni ofrecer la ley una solución adecuada o una efectiva protección a la persona en la circunstancia que la mueve a solicitar el amparo, encajando la hipótesis, en cambio, en una directa y clara vulneración de disposiciones constitucionales”²⁰.

El parámetro principal de referencia para determinar la procedencia del empleo de un medio de defensa judicial, lo constituye, entonces, la idoneidad del mismo apreciada en relación con el derecho fundamental en concreto y no en forma genérica, pues sólo así se puede dar lugar a una protección cierta y efectiva del mismo²¹. De manera que, los medios de defensa judiciales que establezca el ordenamiento jurídico deben superar una especie de juicio de eficacia realizado por el juez de tutela, al momento de la evaluación del caso particular puesto bajo su conocimiento y decisión.²²

De tal modo que, si con el medio de defensa judicial ordinario se alcanza el propósito de protección cierta y efectiva del derecho fundamental, adquiere plena aplicabilidad el principio de subsidiariedad de la acción de tutela; si, por el contrario, el juez de tutela encuentra que por las circunstancias fácticas y jurídicas el medio de defensa judicial no es apto para otorgar esa salvaguarda, la procedencia de la tutela se vuelve prevalente, aún en forma transitoria ante la inminencia de un perjuicio irremediable, evitando así que la jurisdicción constitucional caiga en soluciones meramente formales ante la solicitud de amparo de un derecho fundamental vulnerado o amenazado.

El sustento constitucional del anterior enunciado radica en los mandatos superiores que establecen como fin esencial del Estado el de la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos constitucionalmente, así como en el que ordena dar primacía al derecho sustancial (CP, arts. 2o., 8o. y 228), sobre lo cual la Corte ha dicho lo siguiente:

“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral.”²³

²⁰ Sentencia SU 086 de 1999

²¹ *Vid.* Sentencia T-441 de 1993.

²² *Vid.* Sentencia T-142 de 1998.

²³ Sentencia SU 961 de 1999.

En consecuencia, la acción de tutela será procedente en el evento de que la acción ordinaria no resuelva la cuestión jurídica planteada en forma definitiva o aún en forma parcial, es decir sin abordar el problema constitucional de violación del derecho fundamental invocado. Así mismo, será viable transitoriamente ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues a pesar de que con el medio de defensa judicial ordinario se pudiese resolver la cuestión jurídica integralmente –incluido el aspecto constitucional- es necesario actuar de inmediato mientras el juez del conocimiento decide de fondo.

3.4. Finalidad y características principales de las potestades excepcionales en materia contractual estatal

3.4.1. Alcances generales

Como lo ha establecido esta Corporación “los contratos estatales no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para “...*la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...*”²⁴²⁵ A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

El establecimiento de esta clase de potestades excepcionales encuentra apoyo constitucional en las reglas que exigen que la función administrativa debe adelantarse en aras de la consecución de los fines estatales y con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CP, art. 209). Además, la utilización que de esas potestades se haga, se encuentra sometida a los mandatos constitucionales que disponen que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, siendo responsables por el desconocimiento de estos mandatos, al igual que por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP, arts. 123 y 6).

²⁴ Sentencia C-449/92.

²⁵ Sentencia C-154 de 1997.

El fundamento, alcance y finalidad de las cláusulas excepcionales de la Administración, para la Corte, apoyada en la doctrina administrativista y en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, ha sido el siguiente:

“Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “*determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles*”. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos. Sobre el ejercicio de estos poderes ha dicho el H. Consejo de Estado:

*“Son actos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.”(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, abril 13 de 1994)”.*²⁶

3.4.2. La potestad excepcional de la terminación del contrato estatal de conformidad con los artículos 17 y 45, inciso 2o., de la Ley 80 de 1993

El señalamiento de las potestades excepcionales de la Administración en el campo de la contratación estatal constituye materia legislativa (CP, art. 150 y 352). La Ley 80 de 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, las define como medios brindados a las entidades estatales para que garanticen el cumplimiento del objeto contractual, y se concretan en potestades de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato, declaración de la caducidad, etc. Su naturaleza ha sido reconocida por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

²⁶ Sentencia C-1436 de 2000.

“El ordenamiento jurídico otorga a la autoridad competencias para sus actuaciones con características de no ser negociables, ni transferibles; en su cumplimiento están comprometidos la tranquilidad y la seguridad públicas como elementos integradores del orden público. En nuestro derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos²⁷ .

Algunos doctrinantes distinguen las cláusulas **excepcionales**, antes denominadas exorbitantes, de las llamadas **cláusulas de privilegio** caracterizadas por ser estipulaciones que si bien denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, no operan bajo el mismo rigor de las cláusulas excepcionales, por no constituir materia enteramente ajena a la contratación privada.

Entre las primeras se agrupan las de **interpretación, modificación, terminación y declaración de caducidad**. En las segundas se consideran las cláusulas de reversión y de garantías. La diferencia básica consiste en el título de su incorporación en los contratos. Mientras que en los de carácter estatal su estipulación responde a un imperativo legal, en los privados su figuración contractual supone el consenso de las partes contratantes porque no siempre se entienden incorporadas. También se diferencian las segundas de las excepcionales en que su operancia no siempre demanda la expedición de actos administrativos que las materialicen²⁸. Existe además a favor de la Administración el poder de dirección, control y vigilancia de los contratos. (...)”²⁹

Dichas potestades excepcionales de la Administración en el ámbito contractual obtienen su regulación en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los términos que se establecen a continuación:

“Artículo 14. **De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral segundo de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

(...)

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del estado se incluirá la cláusula de reversión.

²⁷ Sección Tercera, exp. 16973, junio 8/00. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández.

²⁸ MUTIS V., Andrés, QUINTERO M, Andrés. *La Contratación Estatal*. Editorial Fundación Cultural Javeriana año 2000. Pag. 261.

²⁹ Consulta No. 1293, del 14 de diciembre de 2000, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza.

(...)”.

El artículo 17 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la Administración a dar por terminado unilateralmente el contrato estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, y por razones que sobrevengan durante la ejecución del mismo, en la medida en que el servicio público lo requiera o el orden público lo imponga o por causas atinentes al contratista, que dificulten su ejecución, en la forma que se especifica a continuación:

"Artículo 17.- **De la terminación unilateral.** La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatorio no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio".

El Consejo de Estado en esta materia de terminación unilateral del contrato, con base en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, ha dicho lo siguiente:

“ **Terminación unilateral.** La ley 80 prevé en su artículo 17 que la entidad en acto administrativo debidamente motivado la dispondrá en los siguientes eventos:

- cuando las exigencias del servicio lo requieran o la situación del orden público lo imponga;
- por la muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista;
- interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista y,
- en caso de cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico,

en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que **es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público**, para defensa del interés común y a su vez **en beneficio del patrimonio público** ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria”³⁰.

En forma adicional a la anterior potestad excepcional, en la legislación contractual estatal existe otra prerrogativa estatal similar que también da lugar a la terminación unilateral de los contratos estatales. Se encuentra prevista en la Ley 80 de 1993, artículo 45, inciso 2o., y se produce una vez que la Administración comprueba la configuración en el contrato de ciertas causales de nulidad absoluta, como son las que tienen que ver con la celebración de los contratos estatales -con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o -con expresa prohibición constitucional o legal o -por haber sido declarados nulos los actos administrativos en que se fundamenten (Ley 80 de 1983, artículo 44, numerales 1o., 2o. y 4o.). Esta potestad se concreta en la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, por el jefe o representante legal de la respectiva entidad contratante, en el cual debe ordenarse la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre (Ley 80 de 1993, art. 45, inciso 2o.).

Como puede observarse, se trata en ambos casos del ejercicio, por parte de la Administración, de un poder excepcional y coercitivo en el ámbito contractual estatal, que confirma la posición predominante que en veces el Estado debe asumir frente a los administrados, con el fin de asegurar los fines de la contratación y la salvaguarda del ordenamiento jurídico. Dichas potestades son ejercitables en la misma sede de la Administración y sólo cuando resulten cumplidos los requisitos y exigencias legalmente establecidos, lo que destaca su calidad de potestades regladas y excepcionales, sujetas a limitaciones que garantizan y realzan el principio de legalidad administrativa.

La Sala observa que la potestad excepcional ejercitada por el Distrito de Barranquilla en el caso de autos se encuadra dentro del marco legal del artículo 45 de la Ley 80 de 1993. Esta situación permite deducir para la revisión de dicho caso unas precisas connotaciones en su ejercicio que la distinguen de la potestad regulada por el artículo 17 de esa misma Ley 80. La primera de ellas consistente en que la potestad excepcional del artículo 17 tiene sustento en motivos de interés general y de orden público, así como en situaciones específicas y objetivas atribuibles al contratista; en cambio, la potestad excepcional del artículo 45 tiene origen en causas distintas, como son ciertas nulidades absolutas.

³⁰ *Idem.*

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado la potestad de terminación unilateral del contrato estatal por causa de una nulidad absoluta constituye un “deber legal” a cargo de la Administración, que ha de ser ejercitada una vez comprobada la configuración de la causal, pero que no invade la competencia judicial sobre la declaratoria de la nulidad absoluta y la invalidez jurídica del contrato viciado, ya que la misma está reservada al juez contencioso administrativo:

“Si bien la nulidad, esto es, la declaratoria de pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional³¹, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta o relativa del contrato celebrado por las entidades estatales (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f)), el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato estatal, según el artículo 45 inciso 2º de la ley 80, mediante acto administrativo debidamente motivado del jefe o representante legal de la entidad respectiva, cuando se presenten los hechos prefijados en los numerales 1o., 2o. y 4o. del citado artículo 44. Además, se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

En estos eventos, señalados expresamente por la ley y correspondientes a algunas de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, la entidad debe acudir a sus atribuciones excepcionales para dictar actos administrativos unilaterales, adicionales a aquellos que la ley prevé para la terminación unilateral de los contratos.

(...)

Fuera de los eventos contenidos en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, se acude a la terminación unilateral cuando se presenta alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, que la ley prevé y a las que ya se ha hecho referencia (ley 80 de 1993 artículo 44 numerales 1º, 2º y 4º, y artículo 45 inciso 2º). En este caso, además de constituir un vicio de nulidad declarable por la autoridad judicial para desvirtuar la presunción de validez del acto jurídico contractual, se permite a la administración hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, utilizando la modalidad de la terminación unilateral, en ejercicio de sus poderes excepcionales como organismo estatal.

De otra parte, debe advertirse que la administración carece de competencia para declarar la nulidad, total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato celebrado por una entidad estatal. Su declaratoria es materia de competencia de la autoridad judicial (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f))³². (Subraya la Sala).

³¹ “La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia”. (Sentencia de 10 del julio de 1990. Sección Tercera del Consejo de Estado. Exp.5.782).

³² Consulta No. 1230, del 1o. de diciembre de 1999, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

Adicionalmente, cabe destacar en esta doctrina consultiva que, en el ámbito en análisis, la potestad de terminar unilateralmente el contrato estatal que se viene caracterizando no pugna, ni impide el ejercicio del derecho a ejercer la acción contenciosa para la declaratoria judicial de la nulidad correspondiente, ante el juez contencioso administrativo:

“Materia diferente es que la existencia de algunas de las causales establecidas por la ley para provocar la nulidad del contrato estatal, impongan a la administración el deber legal de darlo por terminado, hecho que debe ser cumplido por ésta tan pronto tenga certeza jurídica y fáctica de la configuración de las causales de nulidad que obligan a la terminación, sin perjuicio del ejercicio de la acción contenciosa pertinente incoada incluso por parte de la misma administración, toda vez que al ser parte del contrato está revestida de legitimidad para su ejercicio, al poder ser alegada la nulidad absoluta por las partes contratantes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona interesada, o declarada de oficio.

Debe distinguirse el carácter imperativo para la administración de dar por terminado el contrato, ante la existencia de causales de nulidad señaladas por la ley, del derecho de acción en el que se faculta a la misma administración, igual que a otras personas, para iniciar la acción pertinente y alegar la nulidad del contrato del que forma o formó parte. Esta facultad para buscar restablecer la legalidad de la gestión contractual es optativa, allí no se conmina imperativamente a la entidad estatal al ejercicio de la acción, como sí ocurre con la obligación de terminar el contrato.

El legislador no condiciona la expedición del acto administrativo de terminación del contrato por existencia de causales de nulidad, al ejercicio de la acción contractual de nulidad, ni viceversa, de modo que el cumplimiento del deber legal o el ejercicio del derecho de acción, se asumen independientemente. En el caso de que se alegue nulidad absoluta el término de caducidad de la acción es de dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento o máximo de cinco cuando el término de vigencia es superior a dos años (Código Contencioso Administrativo art. 136 numeral 10 letras e) y f)), margen de tiempo del que no goza la entidad para la terminación del contrato.

En todo caso, y con prescindencia del mencionado factor temporal de oportunidad procesal, si la entidad estatal tiene por existentes algunas de las causales de nulidad que la obligan a dar por terminado el contrato y, en consecuencia, procede a la expedición del acto administrativo correspondiente, la misma valoración la conduciría, así la ley contractual no la constriña a hacerlo, a incoar la acción contractual de nulidad destinada a obtener la declaratoria judicial correspondiente”³³.

Con base en lo expuesto, es importante resaltar que el legislador en la Ley 80 de 1993, en desarrollo de la facultad de las entidades estatales de adelantar la dirección general de la contratación estatal y por virtud de la responsabilidad que tienen las mismas frente al control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales, estableció dos potestades excepcionales para darlos por terminados unilateral y anticipadamente, en aras de la protección del interés general involucrado en esta materia, pero que difieren sustancialmente la una de la otra, en virtud de su finalidad y en sus específicas causales.

³³ *Idem*.

Así las cosas, mientras la potestad excepcional del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 resulta de las exigencias impuestas por el servicio público y por la situación de orden público, al igual que por la imposibilidad de garantizar el cumplimiento del objeto contractual por causas atribuibles al contratista, que le impiden obtener de manera oportuna y eficiente los bienes y servicios propuestos³⁴, en el caso de la potestad excepcional del artículo 45 de esa misma normatividad, con ésta se busca interrumpir los efectos jurídicos de un contrato viciado de nulidad absoluta que atenta contra el orden jurídico, hasta tanto el juez del contrato defina de fondo la situación de la validez jurídica del mismo, diferencia que necesariamente debe resultar reflejada en otras materias atinentes al campo de los contratos estatales.

3.5. La vigencia del derecho de defensa y contradicción en el ámbito de la potestad excepcional de la terminación unilateral de los contratos estatales contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993

3.5.1. Marco jurídico del derecho de defensa y de contradicción en el ámbito contractual

Las potestades excepcionales con que cuenta la Administración en el ámbito contractual son regladas, de manera que su ejercicio se encuentra sujeto a un marco constitucional y legal precisamente fijado. Dicho marco jurídico en lo que se refiere al derecho de defensa y contradicción de los contratistas del Estado se constituye en el nivel constitucional, en los términos analizados en los apartados 3.2. y 3.3. de esta providencia, y en el nivel legal se edifica en los términos que señala la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones a las que ésta remite. Sobre esto último, cabe señalar lo siguiente:

i.) Las actuaciones de las entidades estatales en materia de contratación deben estar orientadas al cumplimiento de los cometidos estatales y a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como a “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que **colaboran** con ellas en las consecución de dichos fines” (Ley 80 de 1993, art. 3o.).

ii.) El Estatuto Contractual, al establecer los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, trae a colación los de transparencia, economía y responsabilidad así como los de la función administrativa, y los principios generales del derecho y “los particulares del

³⁴ Sentencia C-454 de 1994.

derecho administrativo” (Ley 80 de 1993, art. 23). Este precepto está ligado con aquel que prevé que las actuaciones contractuales se sujetarán a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones de la función administrativa y a falta de estas a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (Ley 80 de 1993, art. 77).

iii.) En ese orden de ideas, dentro de las pautas rectoras de la actuación administrativa se señala, de un lado, que uno de sus objetivos es “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley” y, de otro, que la misma se debe desarrollar con arreglo a “los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y **contradicción** (...)” (C.C.A., arts. 2o. y 3o.).

Con las anteriores referencias se quiere significar que el ejercicio de las potestades excepcionales en materia contractual, comoquiera que se estatuyen en garantía de la vigencia del orden jurídico y por motivo de la superioridad del poder público que ostenta la Administración, para así cumplir con los fines del Estado en materia contractual estatal, deben dar cuenta de un claro respeto a la vigencia y efectividad de los derechos de los contratistas, especialmente, de los derechos con naturaleza fundamental, como ocurre con el derecho de defensa.

Sin embargo, como ya quedó sentado con anterioridad en el apartado 3.2. de esta providencia, la vigencia del derecho al debido proceso, en lo que comprende a los derechos de defensa y contradicción, debe reunir el requisito mínimo de la eficacia para su realización y la de otros derechos fundamentales a él vinculados, frente a una determinada actuación de la administración, como se analizará en seguida.

4. Ineficacia de un procedimiento previo a la terminación unilateral del contrato estatal, para permitir el ejercicio del derecho de defensa del contratista, frente a la declaración de una causal de nulidad absoluta en el respectivo contrato

4.1. La Ley 80 de 1993, en el artículo 45, señala que constituye una potestad del jefe o representante legal de la entidad estatal respectiva dar por terminado unilateralmente el contrato, una vez configuradas en el mismo ciertas causales de nulidad absoluta. Dicha regulación no establece en forma expresa la obligación de adelantar un procedimiento previo tendiente a garantizar el derecho de defensa (y de contradicción) de los contratistas, ante la Administración y en forma previa al ejercicio de esa potestad. Al parecer, la norma estaría afectada por una omisión que desfavorece la garantía del derecho de defensa y contradicción de los contratistas. Sin embargo, la finalidad inscrita

en la potestad excepcional aludida y las consecuencias que se derivan para el contrato por razón de las nulidades absolutas señaladas como causantes de su terminación (Ley 80/93, art. 44, numos. 1o., 2o. y 4o.) justifican razonablemente la limitación a ese derecho, lo cual se explica así:

4.2. En primer término, la contratación estatal se encuentra al servicio del interés general por cuanto con ella se da cumplimiento a los fines estatales, se prestan los servicios públicos y se satisfacen las necesidades colectivas. De ello, da cuenta el texto del artículo 3o. de la Ley 80 de 1993 que establece lo siguiente:

“ART. 3º-De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

La protección de ese interés general se ve reflejada en la posición que asumen las partes en el contrato estatal. En este sentido, se reconoce una primacía a la Administración a través de ciertos privilegios con respecto del contratista, lo que conduce a conformar una relación contractual en la cual no impera el principio de igualdad de las partes contratantes, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado. En pronunciamiento previo de esta Corte, al estudiarse la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 80 de 1993³⁵, se avaló este criterio, de la siguiente manera:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”.³⁶ (Subraya la Sala).

Ahora bien, la prerrogativa especial de la cual es titular la Administración para terminar unilateralmente el contrato estatal, en protección de dicho interés

³⁵ Artículos 24, 25, 28 y 29.

³⁶ C-400 de 1999.

general, es limitada y solamente ejercitable con respecto de ciertas causales de nulidad absoluta, contenidas en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de manera que, están regidas por el principio de taxatividad, establecido, precisamente, siguiendo la especificidad de la naturaleza de dichas causales.

4.3. En términos generales, las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona. Además, atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene.

En el caso que se analiza, las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o promoviendo el afianzamiento de una atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ella la actividad contractual.

Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vician el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando.

4.4. El ejercicio del derecho de defensa del contratista a través del agotamiento de un procedimiento previo a la adopción por parte de la Administración de la decisión de terminación unilateral del contrato estatal que los une, es ineficaz jurídicamente.

En efecto, si como se señala, la potestad excepcional referida es fruto de la

configuración de una determinada causal de nulidad absoluta con ocasión de la celebración del contrato, es evidente que en la constitución de ese vicio grave tuvo injerencia la conducta de quienes participaron en dicho acto, es decir de las partes, por la violación de normas de orden público, las cuales no permiten disposición alguna y presentan unas consecuencias específicas. De manera que, cualquier tipo de controversia que se llegare a admitir preliminarmente al ejercicio de esa potestad excepcional, tendría como único referente el cuestionamiento que se propone hacer la Administración a la validez jurídica del contrato.

Pero, ¿por qué la Sala considera que las alegaciones de defensa del contratista tendrían tal connotación? Porque el respeto que se exige a un debido proceso administrativo para ejercer la defensa y contradicción ante la Administración en la oportunidad que se analiza, en este preciso caso no lleva envuelta la garantía de la protección y realización de otros derechos fundamentales por ella desconocidos. Por el contrario, la defensa que pudiere adelantarse está referida a derechos de orden legal claramente derivados de la relación contractual, respecto de lo cual existen las respectivas acciones y procedimientos que permitan satisfacer esa finalidad.

El procedimiento previo a la toma de la decisión de la finalización anticipada del contrato estatal no es viable para conseguir la realización objetiva de los derechos sustanciales que pueda alegar el contratista, porque el debate de los aspectos y situaciones específicas atinentes a la vigencia y ejecución del contrato, como sería *v.gr* la existencia de las situaciones fácticas configuradoras de las causales de nulidad absoluta argumentadas por la entidad estatal, la atribución de una responsabilidad por la formación del vicio, con las connotaciones jurídico económicas que esto tiene, entre otros aspectos, para su definición de fondo constituyen materia de la competencia exclusiva del juez del contrato.

Ahora bien, una eventual protección del derecho de defensa del contratista se podría hacer exigible, más bien, una vez expedido el acto que termina unilateralmente el contrato, encontrándose suficientemente garantizada a través del requisito de la motivación del mismo como exigencia para su expedición, así mismo con la taxatividad de las causales de nulidad que lo generan, y con la posibilidad de controvertirlo, primero, ante la Administración mediante el recurso de reposición y, luego, ante la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la acción contractual de nulidad (Ley 80 de 1993, art. 77).

4.5. Por consiguiente, resulta razonable constitucionalmente que el jefe o representante legal de la respectiva entidad contratante, una vez detecte la configuración de la causal de nulidad absoluta, proceda a dictar un acto

administrativo que decreta la terminación del contrato viciado de nulidad y ordene la liquidación del mismo en el estado en que se encuentra. Así, el ejercicio de la potestad excepcional supondría el cumplimiento de un deber legal destinado a concurrir con la vigilancia de la efectividad y vigencia material del orden constitucional y legal, impidiendo que éste se siga subvirtiendo con los efectos negativos de un contrato viciado de nulidad absoluta.

Lo anterior no supone una habilitación para que la Administración pueda actuar subrepticamente, acudiendo a engaños o a actuaciones que desconozcan de forma alguna el principio de la buena fe que debe regir las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas (CP, art. 83). De ahí que sea imperioso que la Administración desarrolle la actividad necesaria para que el respectivo contratista conozca su propósito de dar por terminado el contrato de forma unilateral, sin que esto converja en el desarrollo de un procedimiento en el cual deba debatirse la utilización o no de la potestad excepcional por la Administración, para decretar la terminación unilateral del contrato por las causales de nulidad absoluta varias veces aludidas.

5. Aplicación de los anteriores criterios al caso concreto

5.1. Síntesis de la situación fáctica y jurídica del caso *sub examine*

El Distrito de Barranquilla, en el contrato de consultoría (GP-CM-CONS-001-2000), suscrito con la sociedad Inversiones Los Angeles Ltda., al encontrar configurada la causal de nulidad absoluta de violación de la Constitución y la ley, decretó su terminación unilateral y liquidación, mediante la Resolución No. 0118 del 28 de febrero de 2001, la cual fue posteriormente adicionada mediante la Resolución No. 0132 del 9 de marzo de 2001.

La sociedad actora por considerar vulnerado su derecho al debido proceso (derecho de defensa y audiencia) presentó demanda de tutela, identificando la actuación administrativa generadora de esa vulneración, en la imposibilidad de contradecir las razones que llevarían a la declaración de la terminación unilateral del contrato suscrito con el Distrito de Barranquilla, antes de la expedición de las respectivas Resoluciones; sustenta tal afirmación en la vigencia de los principios de la función administrativa. Y, según advierte en su escrito, la Administración Distrital eludió los requerimientos en los cuales la sociedad contratista manifestaba la voluntad de cumplir debida y oportunamente el objeto del contrato de consultoría, pretendió evitar su ejecución y preparó, a sus espaldas, la terminación del contrato con argumentos que no fueron puestos a consideración suya y que tampoco contaron con la oportunidad de controvertirlos, máxime cuando se trataba de temas

jurídicamente discutibles, los que ni siquiera fueron aludidos en la reunión celebrada entre las partes el 11 de enero de 2001.

Sin embargo, como lo precisa el Distrito accionado, la declaración de terminación del contrato de consultoría en mención, se produjo porque el mismo estaba afectado de objeto ilícito, por haber sido celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal, toda vez que la gestión tributaria corresponde ejercerla al ente territorial y no es posible su delegación en particulares, menos en la forma establecida en el objeto contractual, y porque se encontró que el contrato era lesivo para los intereses económicos de dicho Distrito, aspectos que obtienen una descripción detallada en el apartado 1.13.1. de la presente providencia, al cual se remite la Sala para precisar su contenido.

Además, el representante del Distrito demandado manifestó que durante la mencionada reunión previa a la terminación unilateral del contrato de consultoría, se pusieron en conocimiento de la sociedad contratista varios aspectos: -que el objeto del contrato no podía ejecutarse porque hacía referencia a actividades propias de la Administración Distrital lo que impedía que se llevara a cabo una delegación a particulares sin violar la soberanía fiscal, -que el contrato era lesivo de los intereses económicos del Distrito de Barranquilla por su elevado costo (los ingresos de la sociedad ascenderían a seis mil millones de pesos) y -que faltaba la cancelación de los impuestos de legalización del correspondiente contrato.

Los jueces de instancia ante el caso puesto bajo su conocimiento y decisión, resolvieron en forma divergente:

El *a quo* -el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranquilla- mediante fallo del 17 de abril de 2001, negó el amparo solicitado por considerar que la controversia planteada es de orden legal e involucra derechos puramente económicos. Llamó la atención sobre el hecho de que la sociedad accionante no hubiese usado el recurso de reposición en la vía gubernativa. Además, insistió en la idoneidad de los mecanismos ordinarios ante la jurisdicción contencioso administrativa para garantizar los derechos de la sociedad actora y argumentó la inexistencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo de manera transitoria.

A su turno, el *ad quem* -el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla-, mediante fallo del 4 de mayo de 2001, revocó la anterior decisión y ordenó al alcalde Distrital de Barranquilla inaplicar las Resoluciones que dieron por terminado el contrato de consultoría, hasta tanto la jurisdicción contenciosa administrativa resolviera definitivamente sobre su constitucionalidad o

legalidad. En su criterio, la facultad de la Administración en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 debió ejercerse en el marco de los principios que rigen la función pública (CP, art. 209) y con protección del derecho al debido proceso en el ámbito administrativo. Así mismo, argumentó que era manifiesta la configuración de un perjuicio irremediable para la sociedad actora, con ocasión de los “graves daños a los bienes morales y materiales que se encuentran en el haber de la persona jurídica titular”, lo que daba lugar a proteger transitoriamente el derecho mediante el amparo constitucional.

5.2. Ineficacia de un procedimiento obligatorio previo en ejercicio de la potestad excepcional, en aras de la garantía del derecho de defensa

Con base en la anterior síntesis de la situación fáctica y jurídica debatida en las instancias surtidas ante los jueces de tutela, la Sala formula las siguientes conclusiones en el caso en estudio:

La Administración Distrital, por virtud de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, contaba con la potestad legal de dar por terminado el contrato de consultoría suscrito entre ella y la sociedad actora, en el evento de encontrar configurada alguna de las causales de nulidad absoluta de las contenidas en el inciso 2o. de ese artículo 45. De esta manera, aseguraba la finalización de los efectos jurídicos que el mismo estaba produciendo, una vez verificada jurídica y fácticamente la configuración de la respectiva causal de nulidad absoluta.

Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, adolece de una nulidad absoluta el contrato estatal en los casos establecidos en el derecho común y en los que se celebre contra expresa prohibición constitucional y legal (numeral 2o.). De conformidad con los artículos 1519 y 1741 del Código Civil hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación y la nulidad que se produce por objeto ilícito es una nulidad absoluta³⁷.

La causal aducida por la Administración Distrital para hacer uso de la potestad excepcional mencionada, fue precisamente la de objeto ilícito del contrato configurada en forma integral, así como específica para algunas de sus cláusulas, relacionadas con el cobro coactivo, las amnistías y demás decisiones tributarias adoptadas de común acuerdo, el crédito, recaudo y manejo de recursos sujetos a condición suspensiva, el anticipo y la prima de acceso al contrato, la modificación en el contrato del pliego de condiciones y, por último, la lesividad del mismo, en la forma que pormenorizadamente se planteó en esta providencia (apartado 1, Capítulo I).

³⁷ Vid. Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de Tutela del 11 de septiembre de 1998, C.P., Dr. Delio Gómez Leyva, Radicación S-025.

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

Tampoco era procedente el amparo constitucional por la vulneración del derecho fundamental al debido proceso (defensa y contradicción), siguiendo las reglas de procedibilidad de la acción de tutela, pues al revisar la actuación de la Administración Distrital debe concluirse que, en el caso que se examina, con fundamento en las consideraciones previamente expuestas en esta providencia y del análisis de la situación fáctica claramente relatada, no se puede concluir que el Distrito de Barranquilla haya vulnerado el derecho al debido proceso (derecho de defensa y de contradicción) de la sociedad contratista.

Efectivamente, la sociedad contratista fue avisada de la inconformidad que en materia jurídica existía en la Administración Distrital con respecto del contrato de consultoría en ellos suscrito. Como prueba de ello se tiene la realización de una reunión que promovió el Distrito accionado y que en efecto fue realizada para debatir sobre algunos aspectos del contrato. El contenido de la misma, como es objeto de controversia entre las partes, debe ser objeto de discusión ante el juez competente.

No presenta eficacia alguna el agotamiento de un procedimiento previo para que la sociedad contratista pudiera controvertir el propósito de dar por terminado el contrato, pues al alcalde, como representante legal del Distrito de Barranquilla, tenía el deber legal de decretar la terminación de un acto jurídico bilateral que nació viciado, para dar fin al quebrantamiento del orden jurídico; decisión ésta, que sustentada en una causal que configura una norma de orden público, no estaba sujeta a concertación o discusión, máxime cuando la nulidad no podía ser saneada por la Administración Distrital ni por la sociedad contratista, por tratarse de una nulidad absoluta y, especialmente, en donde ambos tienen responsabilidad en su configuración.

No puede olvidarse que la potestad excepcional de la que hizo uso la Administración Distrital defendía el interés general que se pretendió satisfacer con la celebración del contrato de consultoría para dar respuesta a una serie de

necesidades que tenía la entidad territorial y la comunidad de ese Distrito, en materia de gestión tributaria a fin de cumplir con los cometidos estatales a cargo. A partir de esa situación la Administración se hallaba revestida de la potestad de dar por terminado el contrato dada la vigencia de la norma que lo autoriza, al constatar en su celebración la configuración de una nulidad absoluta, punto que debe ser discutido y dilucidado ante la jurisdicción contencioso administrativa, como la Administración Distrital lo ordenó en la parte resolutive de la Resolución No. 0118 del 28 de febrero de 2001.

Por lo tanto, se reitera que la actuación del alcalde del Distrito de Barranquilla no aparece como excesiva ni arbitraria pues actuó dentro del marco que le fijaba la Constitución y la ley, además por el hecho de que no se trataba del ejercicio de una potestad sancionatoria, por virtud de la cual haya debido agotar un debido proceso para decretar la terminación unilateral del contrato.

Finalmente, es de resaltar el hecho de que la sociedad contratista, aunque contaba con la posibilidad de controvertir la decisión de terminación del contrato, mediante el recurso de reposición, dentro de los cinco días siguientes a su notificación, decidió voluntariamente no utilizarlo, desechando la primera oportunidad que le ofrecía el ordenamiento legal de ejercer su derecho de defensa, independientemente de las razones que esgrima para hacerlo, pues como ya se vio en este fallo, el mismo constituye un mecanismo válido para efectos de su garantía.

Le quedaba, entonces, a esa sociedad acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para efectos de controvertir lo que en realidad discutió en la demanda de tutela y en la impugnación de la sentencia de primera instancia que le negó el amparo, como es la posible afectación que ha podido sufrir por los efectos de la expedición de un acto administrativo que dio por terminado unilateralmente el contrato de consultoría, en los aspectos atinentes a su formación, motivación, contenido, efectos, etc.

En consecuencia, al no existir derecho fundamental vulnerado de la sociedad contratista, con la actuación de la Administración Distrital, no procedía la acción de tutela ni como mecanismo definitivo ni en su modalidad transitoria, como correctamente lo avizoró el juez de tutela de primera instancia. En este orden de ideas, la Sala considera que el fallo dictado por la segunda instancia en la jurisdicción de tutela no acoge la doctrina constitucional expuesta en este fallo, de manera que se hace necesario revocarlo y, en su lugar, confirmar la providencia dictada por el juez de tutela de primera instancia. Como consecuencia de esta decisión se levanta la inaplicación ordenada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla sobre las Resoluciones No. 118 del 28 de febrero y 132 del 9 de marzo de 2001.

IV. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, del 4 de mayo de 2001, y, en su lugar, **CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranquilla, el 17 de abril de 2001, en el proceso de la referencia y por las razones y consideraciones señaladas en esta providencia.

Segundo.- LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

CLARA INES VARGAS
HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General