



Arauca, Arauca, 28 de julio de 2022

Asunto : **Sentencia de primera instancia**
Radicado No. : 81001 3333 001 2022 00497 00
81001 4071 001 2022 00164 00 (**acumulado**)
Accionantes : Daniel Alfonso Linares González - Gustavo Diaz Hernández
Accionados : Asociación Regional de Municipios del Caribe, Departamento
Nacional de Planeación y Departamento de Arauca
Vinculados : Consorcio Inter Riesgos, Inversiones para la Vida -Invida-
SAS, Consorcio Brisas del Cravo, Consorcio Playitas 2022,
Consorcio Infraestructura para la Gestión del Riesgo y
Consorcio Obras de Protección 2022

Naturaleza : Acción de Tutela

Procede el Despacho a resolver las acciones de tutela, instauradas por Daniel Alfonso Linares González y Gustavo Diaz Hernández, en contra de la Asociación Regional de Municipios del Caribe (en adelante AREMCA), el Departamento Nacional de Planeación (en adelante DNP) y el departamento de Arauca, las cuales fueron acumuladas mediante auto del 19/07/2022.

ANTECEDENTES

i. Hechos

1.1. Indican los accionantes que el departamento de Arauca a través del Decreto 864 del 24/05/2022 priorizó unos proyectos financiados por el Sistema General de Regalías -SGR- conforme a la ley 2056 de 2020, decreto 804 de 2021 y demás normas reglamentarias. En tal acto administrativo, se designó como ejecutor de los proyectos a AREMCA.

1.2. Exponen que AREMCA, como ejecutor, dio inicio a los procesos de selección bajo radicados ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022. Dentro de sus argumentos, sostienen que cada proceso se realizó bajo una invitación privada a 3 empresas contratitas siendo los únicos habilitados para presentar propuestas.

1.3. Según sus dichos, AREMCA no tuvo en cuenta las etapas habituales descritas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 1082 de 2015, vulnerando consigno los principios de publicidad, transparencia, y libre competencia.

1.4. Por todo, estiman vulnerados sus derechos fundamentales *a la igualdad¹ y al debido proceso*, por surtirse unos procesos de selección obviando los tiempos propios de una licitación pública según el estatuto general de contratación; y por el silencio del DNP y el Departamento de Arauca, respecto al tema.

¹ Denominada por el accionante como «oportunidad de participar en igualdad de condiciones»

1.5. El demandante Linares González, precisa que en su caso, tuvo conocimiento de los procesos de selección debido al debate que se llevó a cabo en la Asamblea Departamental de Arauca para los días 5 y 6 de julio de 2022.

ii. Pretensiones

2.1 Los demandantes al unísono solicitan que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

2.2 En consecuencia, se ordene a AREMCA dejar sin efectos los procesos de selección ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022, y en su lugar, se rehagan esos procesos conforme a la ritualidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

iii. Trámite

El 13/07/2022, la tutela fue radicada, asignada y admitida. En el auto admisorio, este despacho decretó como medida cautelar, la suspensión de los procesos de selección acusados y se ordenó la vinculación de los oferentes en esos procesos. Al notificarse a las Entidades accionadas, se requirió la presentación de informes.

En auto del 15/07/2022 el Juzgado Primero Penal Municipal al conocer de la tutela presentada por GUSTAVO DÍAZ HERNÁNDEZ, resolvió remitir el expediente a este despacho para acumulación. En providencia del 19/07/2022 este despacho decretó la acumulación de procesos, conforme al art. 2.2.3.1.3.1 del Decreto 1069/2015. En la misma decisión, se ordenó el traslado del escrito de tutela presentado por DÍAZ HERNÁNDEZ a los accionados y vinculados.

El 18/07/2022, se formuló recusación y se pidió nulidad del proceso, por parte de DÍAZ HERNANDEZ. En proveído del 19/07/2022, se decidió la recusación y nulidad procesal, rechazándose ambas peticiones.

El 19/07/2022, intervino Yadis Mariles Colmenares Concha, solicitando el levantamiento de la medida cautelar decretada dentro de la tutela 2022-00497-00, la cual fue rechazada en proveído del 25/07/2022.

En el transcurso de lo anterior, se recibieron los informes de las accionadas y vinculadas (del 18 al 22 de julio de 2022), el concepto del ministerio público (21/07/2022), e intervino Daniel Alejandro Cruz Mejía (18/07/2022), como coadyuvante del Departamento de Arauca.

iv. Contestación de la tutela

4.1. Departamento Nacional de Planeación -DNP-

Inicia su defensa considerando que el DNP no tiene responsabilidad alguna frente a la presunta vulneración de derechos alegada por el accionante, señalando que los procesos de selección de contratista, su celebración,

ejecución y liquidación es de responsabilidad exclusiva de las entidades territoriales beneficiarias contratantes y ejecutoras.

Al hacer una breve explicación de sus competencias, sostiene que la finalidad del DNP es eminentemente técnica, impulsando estrategias para el manejo y asignación de la inversión pública desde el nivel central hacia los demás niveles de gobierno.

Expone que el DNP actúa solo en calidad de administrador del Sistema de Seguimiento, Evaluación y Control del Sistema General de Regalías -SGR-. A su criterio, dicha calidad no le impone injerencia alguna frente a los procesos de selección y contratos que se ejecuten, dada la autonomía presupuestal y capacidad para contratar de cada Entidad.

Al concluir su informe, pide se le excluya del caso por «FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA»,

4.2. Departamento de Arauca

Actuando a través de apoderado judicial, el departamento de Arauca se pronunció sobre los hechos que sustentan la acción de tutela.

Como aspecto inicial, indica que la tutela no es el mecanismo idóneo para atacar la interpretación de actos administrativos. Explica que en este procedimiento no se puede debatir, sobre cuándo *se debe* o *no* emplear el Estatuto General de Contratación Estatal. Argumenta que el accionante no probó su legitimidad para actuar, al evidenciarse que no hay prueba, si quiera sumaria, de que éste participó en los procesos de selección contractual en la oportunidad fijada en cada cronograma para hacerlo.

Sostiene en que la presente acción de tutela no es procedente, al existir otras acciones de defensa judicial donde se pueden emplear medidas cautelares de naturaleza suspensiva, coercitivas, anticipativas o preventivas.

Sobre su defensa, expone que la Gobernadora de Arauca, profirió el Decreto 864 de 2022, por el cual se aprobaron unos proyectos de inversión financiados por el Sistema General de Regalías -SGR- en el marco de la ley 2056 de 2022, decreto 804 de 2021, y demás normas concordantes. Dentro de sus razones, explica que los proyectos de inversión se deben surtir 4 etapas **i)** correspondiente a la formulación y presentación de proyectos; **ii)** la viabilidad y registro en el Banco de Proyectos de Inversión; **iii)** priorización y aprobación; y **iv)** la etapa de ejecución, seguimiento y control. Explica que los recursos del SGR, por disposición especial, podrán ser ejecutados por quienes designen las entidades u órganos que tratan los art. 35 y 36 de la ley 2056 de 2020. De conformidad con lo expuesto, dentro del Plan Participativo de Desarrollo Departamental se priorizó y aprobó unos proyectos de inversión, de los cuales, se designó a AREMCA como ejecutor, estableciendo consigo una responsabilidad exclusiva en la entidad ejecutora para expedir los actos administrativos donde se ordena la apertura de los procesos de selección o el acto administrativo

unilateral en que se decreta el ente con cargo a los recursos asignados, ambos actos en un término no superior a 6 meses.

Agrega que los procesos de selección en cuestión se rigen bajo las particularidades del Manual de Contratación de AREMCA, siendo procesos de mayor cuantía para seleccionar al contratista de obra que habrá de ejecutar los objetos contractuales conforme a los pliegos de condiciones fijados por esa Entidad. Bajo su criterio, sostiene que AREMCA estructuró los términos y condiciones para cada proceso, fijando un cronograma para publicar, presentar ofertas, adjudicar y contratar, sin que se evidencie una afectación al interés particular del accionante.

Pide que se le separe del asunto por «FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA» arguyendo que los procesos contractuales en cuestión obedecen a la responsabilidad exclusiva de AREMCA, entidad con autonomía administrativa y presupuestal ajena a la del Departamento de Arauca.

Concluye en cuestionar la procedencia de la acción de tutela, al existir otros medios de defensa judiciales ordinarios más idóneos, sin verificarse que exista un perjuicio irremediable que deba ser evitado o subsanado.

4.2. Asociación Regional de Municipios del Caribe -AREMCA-

Se pronunció sobre los supuestos fácticos que engloban la presente acción. En primer lugar, explica que el accionante carece de legitimación en la causa por activa ya que no formuló propuesta en ninguno de los procesos de selección que se discuten.

Sostiene que al habilitarse como «comprador» en la plataforma del SECOP I de Colombia Compra Eficiente², AREMCA procedió con la publicación de los procesos precontractuales agotando con ello el principio de publicidad, invitando a cualquier ciudadano interesado a participar, conforme a lo dictado en su Manual de Contratación. Sobre esto, manifiesta que su manual de contratación fue adoptado mediante la resolución administrativa No. 002-01-10 del 10/01/2020, en atención al Acuerdo 023/2019 fijado por la Junta Directiva de la Entidad, donde, en su capítulo V se señalan las modalidades de selección de acuerdo a la cuantía:

«(a) Mayor cuantía, cuando se estime que el monto del proceso y/o contrato exceda o supera los mil salarios mínimos mensuales vigentes (1.000 SMMLV). En cuyo caso, el proceso de selección se sustanciará bajo la modalidad descrita en el presente manual para los contratos de mayor cuantía.

(b) Menor Cuantía, En el evento en que el POE del proceso de selección y/o valor contractual sea igual o equivalente a los mil salarios mínimos mensuales vigentes (1.000 SMMLV), pero superior al monto estimado para la mínima cuantía. En cuyo caso, el proceso de selección se sustanciará bajo las reglas establecidas en el presente manual para la modalidad de menor cuantía.

² Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-

(c) Contratación Directa, En el evento en que el POE del proceso de selección y/o valor contractual sea igual o inferior a quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (500 SMMLV)»³

A su turno, expone que los procesos SMC-011-2022, SMC-012-2022, SMC-013-2022, ITRSMC-002, ITRSMC-003 se publicaron bajo la modalidad de selección de mayor cuantía. Sobre el proceso ITS-SMEC-009-2022, explica que por su rubro se determinó que debía ser publicado bajo la modalidad de selección de menor cuantía.

Con respecto a aquellos que se surtieron por la modalidad de selección de mayor cuantía, dice que debe surtir el siguiente procedimiento:

- «1. Autorizaciones, licencias, estudios previos y análisis del sector;
2. Certificado de Disponibilidad Presupuestal;
3. Invitación de hasta tres (03) posibles oferentes y convocatoria pública en el SECOP y página web de la Asociación;
4. Publicación en el SECOP y página web de la Asociación de los Términos de condiciones, el estudio previo, análisis del sector y demás elementos que forman parte del proceso;
5. Plazo de Observaciones a los términos de condiciones. Los interesados podrán presentar sus observaciones a los términos de condiciones dentro del plazo señalado en el cronograma, en todo caso, este plazo no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de su publicación en el SECOP
6. Respuesta de la Asociación a las observaciones.
7. Publicación de la Resolución de apertura, y términos de condiciones definitivos.
8. Se inicia el plazo para presentación de las ofertas;
9. Audiencia de riesgos y aclaración de los términos, la cual se realizara a solicitud de parte, dentro de los dos (2) días siguientes a la apertura del proceso.
10. Cierre de la etapa de presentación de oferta acta de cierre. Los proponentes deberán presentar sus ofertas dentro del plazo establecido en el cronograma del proceso; este plazo será de mínimo tres (3) días siguientes a la fecha de apertura del proceso;
11. Informe, publicación y traslado de la evaluación técnica por parte del Comité, mínimo (tres) días de traslado para la recepción de observaciones);
12. Respuesta de la entidad a las observaciones a la evaluación;
13. Audiencia de adjudicación (adjudicación o declaratoria de desierto del proceso)
14. La entidad podrá expedir adendas antes del cierre del proceso y antes de la adjudicación»⁴

Por lo citado, interpreta que la invitación de 3 proveedores registrados no implica una limitante a la participación de cualquier otro interesado, alegando que a toda costa existe una convocatoria pública *abierta*. Prueba de ello, refiere que los oferentes ECOS ING SAS, MOPEN SAS, FUNCACIÓN ARAUCA

³ Pág. 19-20, índice 13, SAMAI.

⁴ Pág. 19-20, índice 13, SAMAI.

BIODIVERSA, CONSTRUCCIONES Y SUMINISROS MEDINA & MADERO SAS, entre otros, no fueron invitados, y aun así acudieron a los procesos de selección.

Defiende el proceso contractual, asegurando que se ha desarrollado en virtud de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva. Reafirma en que su manual de contratación al regular el proceso de adquisición de bienes y servicios, es el acto administrativo que debe aplicarse para ello, más no el Estatuto General de Contratación Pública, dada la presunción de legalidad que recae sobre aquel, que solo podría ser discutida en proceso ordinario, no en tutela.

Así, solicita el rechazo por improcedente de la acción de tutela, al no ser subsidiaria, y al existir otros mecanismos de defensa judicial, como el que incluso está en curso en el Tribunal Administrativo de Arauca.

4.4. Consorcio Infraestructura para la Gestión del Riesgo

Por intermedio de su representante, el vinculado como oferente descurre el traslado de las acciones presentadas. Como primera medida, explica que las expresiones utilizadas por los accionantes sobre que «*únicamente*» podían participar en los procesos de selección aquellos que habían sido objeto de invitación por parte de AREMCA no es correcta. Sostiene que AREMCA como ejecutor de los proyectos publicó en el SECOP I la totalidad de documentos que componen el trámite precontractual, donde «*en ninguna parte se fijó como requisito para allegar oferta, el contar con la invitación remitida por AREMCA*».

Cuestiona la idoneidad del accionante LÍNAREZ GONZÁLEZ como representante legal de LINARES & ABOGADOS CONSULTORES SAS, para poder lograr acreditar los presupuestos mínimos en los procesos de selección licitados. A su criterio, explica que la persona jurídica a cargo del accionante no cumple con los requisitos habilitantes para realizar alguna de las obras publicadas, y que inclusive, la misma no está incluida en el Registro Único de Proponentes (RUP), requisito indispensable para ser habilitado.

Sostiene que la naturaleza de los actos administrativos en cuestión (refiriéndose al proceso SMC-013-2022 donde actúa como oferente) son dos: el acto de apertura bajo resolución No. APRSMC 013 DE 2022 y el pliego de condiciones. Sobre ellos, explica que estos se clasifican en unos actos administrativos de naturaleza general y abstracta, más no dirigidos a personas concretas; por lo que tales deben ser controvertidos judicialmente mediante el medio de control de nulidad.

Dentro de su intervención formula una falta de competencia por parte de este despacho, en afirmar que los efectos de la presunta vulneración ocurrieron en la ciudad de Barranquilla y no en Arauca. Concluye pidiendo se declare improcedente la presente acción, al existir otros mecanismos judiciales para debatir la legalidad de los actos administrativos acusados.

4.5. Consorcio Interriesgos 2022

La vinculada presentó informe, explicando que es oferente dentro del proceso ITR-SMC-002-2022 donde ninguno de los accionantes participó. Comienza su escrito cuestionando la competencia de este despacho para conocer la tutela en atención a que AREMCA adelantó los procesos de selección en la ciudad de Barranquilla.

Dice que es de total responsabilidad de quienes están interesados en los procesos de selección de contratación pública, consultar las dos plataformas SECOP I y SECOP II, para verificar los múltiples procesos que existen a nivel nacional. Afirma que Daniel Alfonso Linares no cumplía con la capacidad para comparecer a los procesos de interventoría y obra licitados. Ni como persona natural ni con su empresa LINARES & ABOGADOS CONSULTORES SAS. Dice que Linares González, no ostenta el título de profesional de la ingeniería, situación que según la ley de ingeniería (refiriéndose a la Ley 842/2003) era necesaria para avalar su propuesta como interventor. También discute la capacidad para comparecer a los procesos por la empresa del accionante, donde ni su objeto social ni sus actividades descritas en el Certificado de Existencia y Representación legal hace constar la construcción de obras o actividades en consultoría.

A su juicio, decidir si AREMCA debió o no adelantar los procesos por el Estatuto General de Contratación, le corresponde al juez del contrato (refiriéndose al juez administrativo) más no al Juez de tutela. Dentro de su informe hace un comparativo explicando que los términos del manual de contratación de AREMCA resultan ser más beneficiosos que los términos de un proceso de concurso de méritos fijados por Ley 80 de 1993.

Para concluir, adjunta certificado de vigencia y antecedentes disciplinarios del COPINIA, donde al buscarse con el número de identificación 17591748 (correspondiente al accionante Linares González) no arrojó resultado.

v. Coadyuvancia de Daniel Alejandro Cruz Mejía

Como habitante del municipio de Arauca, intervino Cruz Mejía, respecto a la acción de tutela de referencia. Dentro de sus argumentos explica que al constatar el SECOP I, los procesos de selección publicados por AREMA cumplen con las formalidades contractuales.

Sostiene que el mecanismo empleado por el accionante carece del requisito de subsidiariedad, al existir otros mecanismos judiciales idóneos para la protección de intereses colectivos o discutir la legalidad de actos administrativos.

Considera que el principio de la libre concurrencia (principio general de la contratación estatal) no tiene asidero bajo una óptica de derecho fundamental, sino como un interés colectivo, donde el mecanismo idóneo para su protección es la acción popular.

Igualmente, estima que si el accionante tiene inconformidad contra los actos administrativos por los cuales se dio apertura de cada proceso de selección,

estos deben ser atacados por nulidad simple, al ser actos administrativos generales. De igual forma, expone que, si la inconformidad del accionante radica en el Manual de Contratación de AREMCA, también puede impugnarlo mediante el medio de control de nulidad simple.

Concluye su intervención en que se despache por improcedente la acción de tutela presentada.

vi. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto bajo consecutivo No. 034 del 21/07/2022. Después de hacer una breve reseña sobre los supuestos fácticos, y citar pronunciamientos de la Corte Constitucional, estima en que AREMCA dio publicidad a cada proceso a través del SECOP I, plataforma habilitada para la contratación y surtió los procesos de selección bajo la ritualidad de su manual de contratación (res. 002-01-10/2020) acto administrativo vigente que goza presunción de legalidad.

Además, explica que, conforme a lo arrimado al proceso, no se observa un perjuicio irremediable al actor. Concluye que los reproches de legalidad al manual de contratación de AREMCA deben ser ventilados por medios de control ordinarios ante la jurisdicción contencioso administrativa, más no bajo un procedimiento excepcional como la tutela.

CONSIDERACIONES

i. Competencia

Contrario a lo alegado por las vinculadas (Consortio Infraestructura para la Gestión del Riesgo y el Consortio Interriesgos 2022), este Juzgado sí es competente para decidir en primera instancia el asunto, conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 1382 de 2000 compilado mediante el Decreto 1069 de 2015, que fue modificado por el Decreto 1983 de 2017.

Al respecto, las mencionadas vinculadas aducen la falta de competencia, entendiéndolo que, al ser Barranquilla la ciudad del domicilio de AREMCA, allá ocurriría la supuesta afectación de los derechos de los demandantes, por ser el lugar de donde surgen los procesos contractuales, por ello, coligen, que conforme al artículo 37 del decreto 2591/91, este juzgado no puede conocer las demandas de tutela acumuladas.

Dos razones impiden acoger el alegato de las vinculadas sobre el particular:

i.i) la eventual afectación a los derechos de los demandantes, no se presenta solo en Barranquilla, sino también en Arauca, al originarse en sendos procesos de selección en los que la participación no se limita a esa ciudad del Atlántico, sino a cualquier parte donde quiera que esté el oferente que cumpla con las condiciones de la adquisición. Esto significa, que los procesos precontractuales acusados de lesivos, tienen la potencialidad de impactar en los derechos de cualquier interesado, incluyendo a los accionantes residentes en el Departamento de Arauca.

i.ii). La Corte Constitucional, ha insistido en que la competencia por el factor territorial establecida en el inciso 1° del artículo 37 del Decreto 2591/91, queda a elección del demandante, quien puede optar por demandar: a) donde ocurre la vulneración o amenaza, o b) **donde se produzcan sus efectos**. Bajo este entendido, si se aceptara la tesis de las vinculadas, según la cual, en Barranquilla es donde ocurriría la reputada violación o amenaza de los derechos de los demandantes, nada impediría que los demandantes prefirieran accionar donde se producen los efectos nocivos, esto es, donde ellos están (Arauca):

«3. Ahora bien, la Corte Constitucional ha explicado que, de conformidad con los artículos 86 Superior y 8° transitorio del Título Transitorio de la Constitución y de los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, existen tres factores de asignación de competencia en materia de tutela, a saber:

(i) el factor territorial, en virtud del cual son competentes “a prevención” los jueces con jurisdicción en el lugar donde: (a) ocurre la vulneración o la amenaza que motiva la presentación de la solicitud, o (b) donde se produzcan sus efectos;

(...)

4. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que cuando se presente una divergencia entre dos autoridades competentes en virtud del referido factor territorial, se le debe otorgar prevalencia a la elección hecha por el demandante, pues en virtud del criterio “a prevención” consagrado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, se ha interpretado que existe un interés del Legislador estatutario en proteger la libertad del actor en relación con la posibilidad de elegir el juez para resolver la acción de tutela que desea promover, dentro de aquellos que sean competentes⁵».

Entonces, no existen razones para rehusar la competencia en este caso, y por ello, en lo sucesivo se entrará a decidir.

ii. Delimitación del problema jurídico

Al juzgado le corresponde determinar, si hay lugar a tutelar los derechos fundamentales a la *igualdad y debido proceso*, denunciados por Daniel Alfonso Linares González y Gustavo Díaz Hernández, como infringidos, por la pérdida de la oportunidad de participar en los procesos de selección adelantados por AREMCA, No. ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022, sin respetar el estatuto general de contratación pública (L. 80/1993, 1150/2007, etc.).

Así, se precisa que no hace parte del problema jurídico a resolver, la procedencia, conveniencia o legalidad de la priorización de los recursos que sustentan los procesos de contratación, adoptada por la Gobernación de Arauca, mediante el decreto departamental 864/2022; de allí que no se hará ninguna consideración al respecto, aun cuando este hecho haya sido relatado por la Gobernación de Arauca en su informe.

iii. Tesis o síntesis de la decisión

Pese a la idoneidad de los mecanismos ordinarios preestablecidos en la ley (CPACA) para controlar las decisiones adoptadas por AREMCA dentro de los procesos de selección cuestionados, en este caso la tutela sí es procedente como mecanismo subsidiario para gestionar la protección de los derechos

⁵ C. Const. Auto 018/2019. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

fundamentales de los demandantes, por resultar aquellos **ineficaces** para impedir a tiempo su afectación definitiva, teniendo en cuenta la proximidad de la fecha de adjudicación de los contratos en los que se aspira participar, que no daría oportunidad si quiera para formular la demanda ordinaria plausible con el lleno de los requisitos formales y las exigencias probatorias mínimas a cumplirse según la ley.

No obstante, la tutela será negada, en consideración a que no se demostró la alegada afectación de las prerrogativas fundamentales de los demandantes a la igualdad y debido proceso. Por el contrario, se acreditó que los demandantes no estaban en condiciones de participar dentro de los distintos procesos adquisitivos realizados por AREMCA, así se canalizaran conforme al estatuto general de contratación pública (L. 80/93, 1150/07, etc.), lo que torna irreal o puramente imaginaria la lesión denunciada de sus derechos.

iv. Aspectos normativos y jurisprudenciales

4.1 Generalidades de la acción de tutela

Para el constituyente de 1991, no bastaba con contemplarse un catálogo de derechos fundamentales dentro de la Constitución Política (C. Pol.), sino que era necesario crear una acción judicial pública, inmediata y de trámite preferente y sumario, para ampararlos. Fue así como se instituyó la acción de tutela reuniendo estas características (art. 86 C. Pol.), en defensa de los derechos fundamentales, para evitar su vulneración o protegerlos en caso de ser quebrantados. Su procedencia en todo caso se supeditó a la inexistencia de otros medios de defensa judicial, a menos que se formulase como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo que ha llevado a considerarla como una acción de carácter subsidiario, que no pretende superponerse a los procedimientos ordinarios contemplados en la ley para el amparo de sus prerrogativas.

Su desarrollo infra-constitucional se encuentra en el Decreto 2591 de 1991, en el cual, entre otras cosas, se destacan sus características, se exponen las causales de improcedencia y se regula su trámite, incluyendo los mecanismos para asegurar el cumplimiento de las decisiones de tutela que se adopten.

4.2. Garantías del debido proceso en las actuaciones administrativas

El debido proceso, incorporado como derecho fundamental en el artículo 29 de la constitución, debe ser entendido como una garantía mediante la cual se busca proteger los derechos de los ciudadanos en las actuaciones judiciales o administrativas a las que estos se sometan. La Corte Constitucional definió el debido proceso administrativo como:

«(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal⁶».

⁶ C. Const. Sentencia T-207 de 2013.

Así, se ha precisado que este derecho fundamental tiene por objetivo «**(i)** procurar el ordenado funcionamiento de la administración, **(ii)** la validez de sus actuaciones, y **(iii)** salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados»⁷.

Decantada su contextualización, cabe advertir que, no toda vulneración a este derecho puede debatirse en el trámite de la acción de tutela, como quiera que, existen otros mecanismos idóneos para salvaguardarlo, como, por ejemplo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en casos donde se pretenda discutir que una actuación administrativa se hizo sin arreglo a la ritualidad procesal.

La jurisprudencia ha explicado, que la procedencia de la acción de tutela frente al debido proceso, está condicionada a que, la vulneración o amenaza no dé cabida a ejercer otros mecanismos judiciales, o que al existir otro medio de defensa, al resolverse serían infructíferos. En palabras de la Corte Constitucional:

«Por otro lado, de manera reiterada se ha puesto de presente por la jurisprudencia constitucional que no obstante la condición de derecho constitucional fundamental que tiene el debido proceso, no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable⁸».

4.3. Naturaleza de los actos administrativos de la contratación estatal. Etapa precontractual: Acto administrativo de apertura del proceso y pliegos de condiciones.

El acto administrativo de apertura en un proceso de selección de contratación pública, tiene el carácter transitorio de ser **general**, al crear una situación jurídica abstracta e impersonal sin distinción. Sin embargo, este transmuta en un acto administrativo **particular**, frente a quienes presentan las ofertas dentro del plazo establecido por la Entidad, por cuanto, es en ese momento ellos se someten sus reglas de naturaleza deontológica. De ahí que la revocatoria del acto administrativo de apertura pueda darse de manera directa por la Entidad (antes de presentarse las propuestas) o con el consentimiento previo de los oferentes, una vez se recibieron las ofertas (art. 97 CPACA)⁹.

A su turno el pliego de condiciones es un acto jurídico mixto. Si bien desde su creación se concede como un **acto administrativo general** al ser formado por reglas, procedimientos y condiciones para la elección del contratista, su

⁷ C. Const. Sentencia T-574 de 2009.

⁸ C. Const. Sentencia T-207 de 2013.

⁹ Al respecto se puede consultar: CE. Secc. III. Sentencia del 27/04/2016. Rad. 46818, en la que se dijo: «Pero no existiendo tal disposición -acerca de la irrevocabilidad- en relación con el acto de apertura de la licitación pública, se aplica la regla de la posibilidad de su revocatoria por parte de la Administración... Sin embargo, es indudable que desde el momento en que la Administración recibe las ofertas de los proponentes y se cierra la presentación de propuestas, el pliego de condiciones -que en principio era un acto de carácter general- se convierte en un acto de alcance particular -al menos en relación con quien demuestre tener la mejor propuesta- debido al efecto jurídico del acto de apertura y al nuevo estado en que entra en la etapa precontractual a partir de la presentación de las propuestas...»

naturaleza cambia cuando se realiza la adjudicación del contrato, donde trasciende a ser parte integral del negocio jurídico, mutando su condición de administrativa a contractual. En palabras del Consejo de Estado:

«En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos, en muchas de sus estipulaciones esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección¹⁰»

4.4. Oportunidad y legitimidad para demandar el acto administrativo de apertura y los pliegos de condiciones. Medio de defensa judicial varía según el momento en que sean impugnados.

En la etapa precontractual, la Entidad que dirige el proceso puede expedir múltiples actos administrativos, unos generales, otros particulares, y a su vez, unos de trámite, preparatorios y otros definitivos. Cómo se ve, el plano para identificar el medio de defensa judicial dependerá de varios factores entre los que se destacan las razones que argumentan el daño antijurídico y la naturaleza del acto jurídico acusado.

En el artículo 164 del CPACA, se encuentra de manera taxativa la oportunidad para poder acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa. Dentro del abanico de medios de control procedentes frente a los actos administrativos dictados en la gestión contractual, están el de *nulidad simple*, *nulidad y restablecimiento del derecho* y el de *controversias contractuales*, según el carácter del acto y el momento en que se expide.

El acto administrativo de apertura y los pliegos de condiciones son **actos separables del contrato estatal**. Si se discute la legalidad del acto administrativo de apertura del proceso se deberá formular la demanda por medio del medio de control de nulidad simple (art. 137; e inciso 2º, art. 141 CPACA), por ser este un acto administrativo general. Ahora, si ese mismo acto administrativo se discute cuando se adquiere la calidad de oferente, deberá debatirse su legalidad a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 ibidem). Vale advertir que, si ese acto administrativo surtió sus efectos «*invitar a*», y se concretó la adjudicación y el contrato estatal, la legalidad de lo actuando deberá impugnarse a través del medio de control de controversias contractuales (art. 141 ibidem).

Similar historia sucede cuando se pretende la discusión de los pliegos de condiciones, que por su naturaleza y contenido se encuentran en abstracto, sin dirigirse a personas en específico, autorizándose acudir mediante la nulidad simple como medio idóneo. Pero después de celebrarse el contrato, los pliegos de condiciones se transforman en clausulado contractual, por ende, la legalidad sobre ellos implica un juicio de validez del contrato que solo puede adelantarse mediante el medio de control de controversias contractuales (art. 141 CPACA).

¹⁰ CE. Secc III, Sentencia del 30/11/2006. Rad. 18059.

Concordante con lo anterior, el artículo 164 del CPACA, establece la oportunidad para demandar los actos previos a la celebración del contrato, en su numeral 2) literal c) se dice:

«c) Cuando se pretenda la **nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho** de los **actos previos a la celebración del contrato**, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso»

Ahora, de percatarse que los actos administrativos precontractuales acusados de viciados dieron lugar al nacimiento del contrato, la demanda deberá presentarse dentro del término fijado para el medio de control de controversias contractual (literal j, art. 164):

«Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente»

Sobre la **legitimidad** del medio de control de nulidad, se habilita a cualquier persona a formular demanda sobre actos administrativos, cuyo único interés sea la defensa de la legalidad. Respecto a actos administrativos particulares, de manera excepcional podrá demandarse mediante simple nulidad, siempre y cuando: **i)** no se persigan o produzcan restablecimientos automáticos del derecho a los demandantes o a terceros; **ii)** cuando versen sobre la recuperación de bienes de uso público; **iii)** cuando los efectos dañinos del acto afecten gravemente el orden público, político, económico, social o ecológico; **iv)** cuando expresamente sea autorizado por la ley (art. 137 CPACA). En cambio, la legitimidad en nulidad y restablecimiento del derecho, la tiene cualquier persona que se crea lesionada frente a un derecho subjetivo por la expedición de un acto administrativo general o particular, en los términos del artículo 138 del CPACA. Respecto al medio de control de controversias contractuales (art. 141, CPACA), solo la pueden ejercer las partes del contrato gubernamental, salvo que se persiga la nulidad absoluta, en cuyo caso se habilita al ministerio público y a un tercero con interés directo (inc. 3º, art. 141 citado).

v. Caso en concreto

De acuerdo con lo expuesto, se procede a registrar los medios de prueba allegados al proceso, los cuales serán analizados dentro del contexto de la informalidad que gobierna la acción de tutela.

5.1. Medios de prueba

- Proceso de selección ITR-SMEC-009- 2022 enlace al expediente electrónico en el SECOP I desde su aviso de convocatoria hasta la resolución de apertura.
- Proceso de selección ITR-SMC-003-2022 enlace al expediente electrónico en el SECOP I desde el proyecto de pliego de condiciones hasta el pliego de condiciones definidos.

- Proceso de selección ITRSMC-002-2022 enlace al expediente electrónico en el SECOP I desde el cronograma hasta el informe de evaluación preliminar.
- Proceso de selección SMC-013-2022 enlace al expediente electrónico en el SECOP I desde su aviso de convocatoria hasta el informe de evaluación preliminar.
- Proceso de selección SMC-012-2022 enlace al expediente electrónico en el SECOP I desde su aviso de convocatoria hasta el informe de evaluación preliminar.
- Proceso de selección SMC-011-2022 enlace al expediente electrónico en el SECOP I desde su aviso de convocatoria hasta el informe de evaluación preliminar.
- Resolución administrativa No. 002-01-10 DEL 10/01/20220 «por medio de la cual se adopta el manual de contratación de la asociación de municipios del Caribe "AREMCA" y se dictan otras disposiciones» (pág. 30-95, índice 13, SAMAI)
- Certificación del 15/07/2022 expedida por la Cámara de Comercio de Arauca.
- Certificado de antecedentes disciplinarios COPNIA.

5.2. Cuestiones previas. Procedencia de la acción de tutela

5.2.1. Legitimación en la causa de las partes

Activa: Daniel Alfonso Linares González y Gustavo Díaz Hernández, se encuentran legitimados para adelantar la presente acción de tutela. Recordemos que el artículo 86 de la Constitución Política, preceptúa que cualquier persona que estime vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales podrán acudir bajo este mecanismo por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre.

Pasiva: La legitimidad en la causa por pasiva, como lo ha precisado la Corte Constitucional «*hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada*¹¹». Para saber si la demandada tiene la aptitud para ser llamada a responder, se debe examinar de acuerdo a las funciones de la entidad o autoridad accionada, si en la sentencia puede imponerse alguna obligación (de hacer o no hacer) relacionada con su quehacer institucional.

En este orden de ideas, partiendo de la «*delimitación del problema jurídico*» trazada en esta sentencia (consideración **ii**), el juzgado concluye, que no tienen legitimidad en la causa por pasiva para ser parte el DNP ni la Gobernación de Arauca. Estas entidades no hacen parte de la EAT AREMCA, que gestiona los procesos de selección denunciados como lesivos de los derechos de los demandantes (ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022), por lo que cualquier orden que se diese en la sentencia no los implicaría, de ahí que se colige su falta de aptitud

¹¹ C. Const. Sentencia T-008/2016.

para ser llamada «*a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada*», y por ende, serán desvinculados del asunto por falta de legitimación por pasiva.

Situación distinta se presenta frente a AREMCA, quien sí tiene legitimidad por pasiva, por tener aptitud para responder por lo demandado. Si se observa, cada proceso de selección tachado de lesivo, fue convocado por dicha EAT actuando como contratante, a través de su perfil (SECOP I) y bajo sus reglas (manual de contratación). De ahí que en su caso la eventual sentencia favorable sí pueda involucrar obligaciones a su cargo, al relacionarse con las que le fueron atribuidas institucionalmente.

A partir de lo expuesto, el despacho en la parte resolutive declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del DNP y al Departamento de Arauca, y se continuará el resto del análisis frente a AREMCA.

5.2.2. Subsidiariedad: De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se puede formular, cuando el afectado «*no disponga de otro medio de defensa judicial*», salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio** para evitar un perjuicio irremediable, cuya regla se replica en el artículo 6.1 del Decreto 2591/1991. Atendiendo esta premisa, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial se define por su **idoneidad** y **eficacia** para proteger los derechos fundamentales.

Comenzando con el estudio de la **idoneidad** de los medios de control ordinarios, de cara a los derechos fundamentales aludidos, el despacho considera pertinente recalcar (motivación **4.3** y **4.4**), que, en efecto, existen otros mecanismos judiciales, a favor de los demandantes para controlar la gestión precontractual, los cuales serían:

a) la simple nulidad frente a los procesos de selección bajo radicados ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022; procesos donde ya feneció la etapa de presentación de ofertas, sin que los accionantes hayan participado (por lo que no podrían demandar en nulidad y restablecimiento del derecho).

Frente al proceso ITR-SMEC-009 a la fecha en que se presentó la tutela, aún no se ha cerrado el tiempo para presentar propuestas, pero los demandantes no podrían ofertar, debido a que tal convocatoria se encontraba limitada a quienes fueron invitados, al ser licitado bajo la modalidad de menor cuantía¹², por lo que los accionantes solo podrían atacar su apertura y pliego de condiciones bajo la **simple nulidad**.

b) Frente al proceso ITR-SMEC-003-2022, a la fecha en que se presentó la acción de tutela, se encontraba abierta la posibilidad de presentar ofertas. Así, los accionantes cuentan con la posibilidad de utilizar el medio de control de **simple nulidad** (de no presentarse al proceso) o **nulidad y**

¹² Según el manual de contratación de AREMCA

restablecimiento del derecho (en caso de acudir a este con una propuesta).

No obstante, el despacho al examinar la **eficacia** de esos medios de control, encuentra que los mismos serían inoperantes para enervar a tiempo los reputados efectos lesivos de los procesos precontractuales. Esto, al advertirse la premura de los tiempos de selección surtidos por AREMCA, y la proximidad de las adjudicaciones -según los cronogramas de cada proceso-, los cuales, de no ser por la medida cautelar decretada por este juzgado, hoy estarían finiquitados. Dicho de otro modo, aunque los demandantes puedan acudir al medio de control de nulidad, nulidad con restablecimiento del derecho o contractual (porque son idóneos), incluyendo medidas cautelares urgentes (art. 234 CPACA), lo cierto es que, el solo contenido de la demanda que exige hoy el artículo 162 del CPACA, entre ellos aportar las pruebas que tenga en su poder (art. 162.5, ibidem) o las que mediante derecho de petición debe gestionar (art. 182A, literal d, y art. 173 CGP), implicaría el uso de un tiempo con el que no cuentan, pues para entonces los contratos estarían celebrados, lo cual hace ineficaz esos medios ordinarios. Mientras los demandantes redactan la demanda, cumplen los presupuestos de la acción respectiva, y recaudan mediante derecho de petición sus pruebas, se habrán adjudicado los contratos por AREMCA, consolidando de manera permanente la afectación que los demandantes quieren conjurar.

Aunado a lo dicho téngase en cuenta, que el medio de control puede variar en escasos días de simple nulidad a nulidad y restablecimiento del derecho y luego a controversias contractuales, al mutar vertiginosamente el carácter de los actos precontractuales, acelerada por la brevedad del proceso de selección dirigido por AREMCA conforme a su manual de contratación.

5.2.3 Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse «*en todo momento y lugar*». Sobre ello, jurisprudencialmente se ha consensuado que esta acción debe interponerse en un término prudencial contado **a partir de la acción u omisión** que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales¹³. Para el juzgado, la tutela fue presentada de manera inmediata, sin que ninguno de los procesos haya culminado con la adjudicación o declaratoria desierta, por lo que este requisito se satisface sin mayor explicación.

5.2.4. Por lo anterior, el despacho no acoge la tesis de la improcedencia de las tutelas acumuladas, y, debiendo entonces, continuar con el estudio del asunto.

5.3. Solución del caso

El juzgado negará el amparo pretendido, por demostrarse que la lesión alegada por los demandantes a sus derechos, es inexistente, o mejor, irreal o puramente imaginaria.

¹³ C. Const. Sentencia SU 961, dic. 01/1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, decisión donde se mencionó que: «la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto»

En efecto, al revisarse el caso, se tiene que los demandantes gestionan la protección a sus derechos a la igualdad y debido proceso, que consideran afectados por la **pérdida de la oportunidad** de participar en los procesos de selección (ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022), tramitados por AREMCA, presuntamente desconociendo el estatuto general de contratación estatal.

Para resolver tal cuestión, el juzgado, antes de revisar si AREMCA debió aplicar el régimen general de contratación, debe determinar la existencia del alegado daño o amenaza, estableciendo si en realidad los demandantes podían participar como oferentes. Al respecto, los consorcios vinculados, alegaron la ausencia de lesión a los derechos fundamentales de los demandantes, considerando que no podían acreditar los requisitos habilitantes para una licitación de obras y consultorías.

En punto a determinar la existencia de la lesión -sea en grado de amenaza o en modo de daño propiamente dicho-, se tiene en cuenta las afirmaciones de los demandantes, quienes, en sus similares memoriales de demanda, aseguraron que tenían el interés de participar, pero estaban inhibidos para hacerlo por el tipo de procedimiento dado a los procesos de selección.

En específico, por afirmaciones del accionante Daniel Alfonso Linares (**hecho 7, demanda**), se dice que tenía un interés en participar en los procesos de selección **a través de su empresa** LINARES & ABOGADOS CONSULTORES SAS con NIT 901.606.108-7, señalando que *«me puedo presentar en estas licitaciones ya sea de manera individual o a través de formas asociativas (Consortio o Unión Temporal)»*. Valorando el certificado de existencia y representación legal, tal empresa tiene como domicilio principal la Cra. 24 # 18-32 del municipio de **Arauca**; inscrita en la Cámara de Comercio del mismo municipio el 21/06/2022, lo que pudiera llevar a creer, que entonces podía ofertar sus servicios a través de esa firma.

Sin embargo, el Consorcio Infraestructura para la gestión del riesgo, junto con su informe allegó una certificación expedida el 15/07/2022 por parte de la Cámara de Comercio de Arauca, con el que demuestra lo siguiente:

«De conformidad con lo señalado en el artículo 26 del Código de Comercio, el artículo 13 de la Ley 1581 de 2012 y el artículo 2.2.2.25.2.4 del Decreto 1074 de 2015, una vez verificados nuestros Registros, para la fecha de la presente comunicación, **LINARES & ABOGADOS CONSULTORES**, identificado con el número de identificación tributaria 901606108-7 **no figura con Registro único de Proponente inscrito ante la Cámara de Comercio de Arauca**, lo anterior de conformidad con la jurisdicción otorgada a este ente cameral (artículo 2.2.2.45.4 del Decreto 1074 de 2015) » (Se resalta)

En otras palabras, el demandante Linares Gonzáles, si bien es representante legal de la firma LINARES & ABOGADOS CONSULTORES SAS, no tiene inscrita la misma en el RUP, lo cual es imprescindible para tenerlo como verdadero candidato a ofertar dentro de los procesos de selección cuestionados.

Según el artículo 6.1 de la ley 1150 de 2007, toda persona natural o jurídica nacional o extranjera domiciliada o con sucursal en Colombia, que aspire en la celebración de contratos con las entidades estatales, deberá estar inscrita en el Registro Único de Proponentes -RUP- de la Cámara de Comercio. Dicha regla a

propósito advierte, que el RUP será la *«plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, **se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP** en donde deberán constar dichas condiciones»*

El numeral 1 del artículo 5 de la ley 1150/2007, trata sobre la **capacidad jurídica, financiera y organizacional** y la forma para acreditar las condiciones de experiencia como requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección, haciéndose la salvedad que el RUP no será exigido *«en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole»*.

Vale advertir que la inscripción del RUP ante la Cámara de Comercio debe ceñirse por un procedimiento administrativo, donde la Entidad haciendo uso de su función de verificación (art. 2.2.1.1.1.5.4. Decreto 1082/2015) constatará la información reportada por quien acude, y deberá publicar el acto de inscripción. Contra el acto de inscripción procede el recurso de reposición dentro de los 10 días siguientes a la publicación (art. 6.3. Ley 115/2007).

Así, queda demostrado, que en lo tocante al RUP, como documento imprescindible para contratar con el Estado, **sin importar el régimen jurídico de contratación**, la parte actora carece del mismo, y, por lo tanto, de aptitud e idoneidad para ofertar sus bienes y servicios a AREMCA, frente al tipo de necesidad licitado. Esto, teniendo en cuenta que para ofertar dentro de un proceso de selección en el que sea exigible el RUP, como los de AREMCA, no se puede realizar la inscripción después de cerrado el término para presentar propuestas, ni tampoco modificarlo para confeccionarlo de acuerdo al pliego (parágrafo 1, inc. 2º, art. 5, ley 1150/2007).

Por otro lado, el Consorcio Interriesgos 2022, aduce que Linares González no podía participar como persona natural a los procesos de selección, por tratarse de proyectos que implican la construcción obras y otros con actividades de interventorías tecnificadas. Al respecto, el juzgado también le da la razón, pues la certificación de antecedentes del COPNIA¹⁴, hace constar que tal accionante no posee titulación en profesión de la ingeniería civil o afines. Igualmente quedó acreditado (con el certificado de existencia y representación legal aportado por Linares González) que la empresa LINARES & ABOGADOS CONSULTORES SAS, no tiene como objeto social la construcción de obras o la prestación del servicio de interventorías, siendo otro obstáculo para comparecer a los procesos contractuales.

¹⁴ Consejo Profesional Nacional de Ingeniería.

Con todo lo expuesto, el juzgado concluye, que el accionante Daniel Alfonso Linares, no podía a través de su empresa acudir a los procesos de selección de AREMCA, por la deficiencia en el objeto social de su empresa para la construcción de obras civiles o interventorías a obras. Ni siquiera le resulta posible consorciar su firma para participar en los procesos de selección, al carecer del RUP, lo que sumado a todo lo expuesto, demuestran la ficción de la lesión denunciada.

Además, no se puede perder de vista, que Daniel Alfonso Linares, manifestó que tuvo conocimiento de los procesos de selección los días 5 y 6 de julio **(hecho 4, demanda)**, contando con menos tiempo para ajustar el objeto social de su empresa, y acudir al proceso de inscripción ante la Cámara de Comercio de Arauca para obtener la firmeza de su RUP. Esta carga no puede ser atribuible a AREMCA, debido a que tal Entidad publicó sus procesos de selección en el SECOP, sistema habilitado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– para tales efectos. Es decir, el desconocimiento del accionante frente a los procesos de selección obedeció a su propia incuria, al no consultar la plataforma del SECOP prevista para ello.

En iguales términos se despacharán los argumentos presentados por Gustavo Díaz Hernández, quien calca lo dicho por el accionante Daniel Linares, salvo algunos hechos, pero coincidiendo en que tuvo conocimiento de los procesos por circunstancias ajenas al SECOP, empero, desconocimiento que no es de responsabilidad de AREMCA. Tampoco fue allegada prueba por el accionante donde acredite el interés directo en alguno de los procesos, circunstancias que dejan al despacho sin herramientas para decretar una protección a los derechos fundamentales.

Así las cosas, aunque fuese cierta la irregularidad denunciada en los procesos de adquisición dirigidos por AREMCA, sería imposible que ello impactara en los derechos fundamentales de los demandantes, al demostrarse, que en realidad ninguno de los 2 tenía la oportunidad (que alegaron como pérdida) de ofertar las obras y servicios licitados, por ausencia de requisitos habilitantes esenciales, así se hubiesen canalizado conforme al estatuto general de contratación pública (L. 80/93, 1150/07, etc.), siendo el daño denunciado puramente imaginario.

5.4. Compulsa de copias

Teniendo en cuenta lo observado en el presente proceso, el juzgado encuentra la necesidad de compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, para que conforme a sus funciones sancionatorias y preventivas (art. 277, numerales 6 y 7, respectivamente, de la C. Pol.), intervenga en los procesos de selección adelantados por AREMCA, No. ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022, de manera que se eviten irregularidades y detrimentos al patrimonio público en la satisfacción de esas necesidades, y si es del caso, se sancione las posibles faltas disciplinarias, por la expedición de manual de contratación al parecer *contra legem*, y por emplearlo para surtir los procesos de adquisición precitados.

Lo anterior, al advertirse que la Asociación Regional de Municipios del Caribe - AREMCA-, en su condición de entidad **administrativa de derecho público** (art. 149, Ley 136/1994) *-actualmente denominada como «esquemas*

asociativos territoriales» -EAT- (art. 17, Ley 1454/2011), sin perder la citada condición-, debía surtir los procesos de selección antes citados, conforme al estatuto general de contratación pública, tal como se divisa en el siguiente y breve repaso:

La ley 80 de 1993 en su artículo 2.1 literal a), califica como **entidades estatales** a «*La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias,... las asociaciones de municipios...*». Por su parte, el artículo 10 de la ley 1150 de 2007, estableció que las asociaciones de municipios por ser **estatales** debían someterse: «*...a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública...*», lo cual fue reproducido por el Decreto 1033 de 2021, al preceptuar que los «esquemas asociativos territoriales (EAT)» se regirían en materia de contratación «*por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en la normativa complementaria, y se somete a las acciones de seguimiento y control por parte de las autoridades competentes*» (art. 2.2.5.6.1). Punto que fue dilucidado por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en mérito de su función descrita en el artículo 3.5 del Decreto 4170 de 2011, al absolver una consulta sobre las *asociaciones de municipios* (hoy EAT):

«(...) **las asociaciones de municipios** son definidas por la ley como entidades administrativas que, para los procesos de contratación estatal se precisan, según el numeral 1, del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, **como una entidad estatal, razón por la cual les aplicará el EGCAP.**

En concordancia con ello, según el artículo 2 de la Ley 1150, las entidades estatales sometidas al EGCAP efectuarán «*la escogencia del contratista [...] con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas*».

Así las cosas, con el fin de satisfacer la finalidad atribuida a las asociaciones de municipios en el artículo 148 de la Ley 136 de 1994, según el cual «*dos o más municipios de uno o más departamentos podrán asociarse para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, procurando eficiencia y eficacia en los mismos, así como el desarrollo integral de sus territorios y colaborar mutuamente en la ejecución de obras públicas*», **es posible concluir que, en ejercicio de su discrecionalidad y en función de la finalidad que deban satisfacer en cada caso, pueden emplear cualquiera de los procedimientos de selección de contratistas establecidos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las restricciones especiales desarrolladas en acápites anteriores, particularmente, en relación con la contratación directa.**¹⁵» (Se resalta)

Aunque el manual de contratación de AREMCA, esté sustentado en el artículo 2.2.1.2.5.3. del Decreto 1082 de 2015, en el entendido de que esta disposición insta a todas las entidades estatales para implementar un manual de contratación, en manera alguna **las faculta para crear o alterar modalidades de selección del resorte exclusivo del legislador.** Mucho menos bajo tal regla, las entidades pueden establecer condiciones contrarias a los principios del estatuto general de contratación pública. Por esto, al verse que el manual de contratación de AREMCA, riñe con la ley de contratación estatal, y

¹⁵ Colombia Compra Eficiente, Concepto C-054 de 2021, respuesta a consulta P20210127000638. Para mayor ilustración véase: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> rad: 4201912000007676; C-059 de 2020; C-116 de 2021; C-149 de 2021; C-173 de 2021 y C-214 de 2021

así fue empleado como sustento de los procesos de selección multicitados, se considera la necesidad de compulsar copias.

En consecuencia, se compulsará copias a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, a fin de que intervenga con fines preventivos dentro de los procesos de selección adelantados por AREMCA, No. ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022. Y a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal, para que determine si por lo dicho en esta sentencia, se configuraron faltas disciplinarias por parte de los funcionarios públicos de AREMCA.

vi. Respuesta al problema jurídico planteado

Ante el problema jurídico planteado, se responde que no hay lugar a ejercer una acción protectoria a los derechos de los demandantes, al no demostrarse que tuvieran una posibilidad real de presentarse en los procesos de selección adelantados por AREMCA, que configurara una verdadera pérdida de la oportunidad, quedando sus afirmaciones sobre la lesión al derecho a la igualdad y debido proceso, en meras especulaciones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar procedente las acciones de tutela presentadas por Daniel Alfonso Linares González y Gustavo Diaz Hernández, conforme a la motivación **5.2** de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento Nacional de Planeación y el Departamento de Arauca, por lo dicho en la motivación **5.2.1** de la presente providencia.

TERCERO: No tutelar los derechos invocados por Daniel Alfonso Linares González y Gustavo Diaz Hernández, dentro de las tutelas acumuladas, por lo explicado en las consideraciones **5.3** de este proveído.

CUARTO: Compulsar copias a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, a fin de que intervenga con fines preventivos dentro de los procesos de selección adelantados por AREMCA, No. ITS-SMC-003-2022, ITR-SMEC-009-2022, ITRSMC002, SMC-011-2022, SMC-012-2022 y SMC-013-2022. Y a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal, para que determine si por lo dicho en esta sentencia, se configuraron faltas disciplinarias por parte de los funcionarios públicos de AREMCA, por las razones expresadas en los considerandos **5.4**.

QUINTO: Notificar la presente decisión, de acuerdo con lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Comunicar la presente decisión adjuntando copia de la misma, con destino a la acción de tutela formulada en contra de la presente tutela, que

conoce el Tribunal Administrativo de Arauca con radicado No. 81001 2339 000 2022 00066 00, MP. Luis Norberto Cermeño.

SÉPTIMO: En caso de no ser impugnada esta providencia, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del decreto 2591 del 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ
Juez