

El Licenciado LUIS ALBERTO MARTÍNEZ en su condición de Fiscal Segundo de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá, ha presentado ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dos advertencias de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 201 de 30 de agosto de 1999, expedido por el entonces Presidente de la República Doctor Ernesto Pérez Balladares con la participación del Ministro de Gobierno y Justicia, mediante el cual se otorgó indulto a favor de MYRTA ALICIA VALLEJOS DE QUIROZ dentro del proceso penal seguido en su contra por los delitos de Peculado y Falsificación de Documentos y de los señores FRANCISCO FLORES, YOLANDA PULICE y MARCELA ÁVILA DE ROBINSON por los delitos de Falso Testimonio, Corrupción de Servidores Públicos y Falso Testimonio.

La disposición constitucional que el Agente de Instrucción considera violada en ambas advertencias es el artículo 179, numeral 12 de la Constitución Política Nacional.

Ahora bien, tomando en consideración que en las advertencias presentadas se formulan las mismas pretensiones, el Magistrado Sustanciador mediante Resolución de 27 de octubre de 2000 RESOLVIÓ, por razones de economía procesal, ACUMULARLAS, para que se sustancien y fallen en una sola sentencia.

No obstante, en esta etapa procesal corresponde al Pleno de la Corte pronunciarse sobre la admisibilidad de las presentes advertencias, de conformidad con los requisitos legales establecidos en el artículo 203 de la Ley Fundamental, artículos 2549, 2551, 2552, entre otros, del Código Judicial, y la doctrina sentada por esta Corporación de Justicia en sede de admisibilidad de esta clase de iniciativa procesal de naturaleza constitucional.

A primera vista, se aprecia que las presentes advertencias resultan inadmisibles, toda vez que el Decreto Ejecutivo que se impugna mediante esta acción constitucional, ya ha sido motivo de pronunciamiento por parte de esta Superioridad Judicial, a través de la sentencia de 17 de marzo de 2000, por medio de la cual se DECLARÓ NO VIABLE la advertencia presentada en ese momento por la Personera Quinta Municipal, Licenciada MARISELA DONADO DE PECCHIO y el proponente de esta acción, Licenciado LUIS ALBERTO MARTÍNEZ.

Dentro de los puntos más relevantes que motivaron el pronunciamiento antes mencionado se destacan los siguientes:

"...

En el presente caso, consta de fojas 1985 a 1987 del expediente penal, el Auto Vario N° 380 del 31 de agosto de 1999, por medio de la cual el Juzgado Segundo Municipal Penal de Panamá se limitó a declarar extinguida la acción penal y a ordenar el archivo del expediente, tomando como base el indulto decretado a favor de la Licenciada CARMEN ROSA ROBLES por el delito Contra La Administración Pública, lo que ubica su actividad jurisdiccional en la etapa procesal de ejecución de la medida, decisión esta que era susceptible de un recurso de apelación.

Al analizar la situación planteada, estima el Pleno que el Decreto impugnado ha sido aplicado por el Juzgador en la etapa correspondiente, por lo que ante tal circunstancia, resulta notoriamente improcedente la acción constitucional propuesta, dado que en Jurisprudencia constante mantenida por esta Corporación de Justicia, se ha indicado la improcedencia de la advertencia cuando el acto que ha de aplicarse en la controversia, ya ha sido aplicado en la instancia correspondiente.

En cuanto a la infracción del artículo 179, numeral 12 de la Constitución Política, que se sostiene en las advertencias de inconstitucionalidad acumuladas y cuyo texto ya fue transcrito anteriormente, podemos señalar que esa potestad que dicho artículo le atribuye al Presidente de la República al dictar Decretos

Ejecutivos, en este caso, al dictar el Decreto de Indulto N° 201 de 30 de agosto de 1999, constituye el único mecanismo para cumplir dicho cometido y es la vía que la propia Constitución le propone.

Finalmente, el Pleno reitera, que al no ser el Decreto Ejecutivo mediante el cual se decreta el indulto una norma o disposición de rango legal o reglamentaria, sino, repetimos, el de un acto de disposición individualizado por mandato constitucional, no es susceptible de ser advertida su posible inconstitucionalidad."

Por las consideraciones expuestas, concluye el Pleno de la Corte que, definitivamente a las presentes advertencias no deben imprimirse el curso legal, en virtud de que la materia que se ha sometido a la revisión constitucional ya ha sido objeto de pronunciamiento judicial.

En consecuencia, EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INADMISIBLE las advertencias de inconstitucionalidad presentadas por el Fiscal Segundo de Circuito del Primer Distrito Judicial de Panamá, Licenciado LUIS ALBERTO MARTÍNEZ contra el Decreto Ejecutivo N° 201 de 30 de agosto de 1999.

Cópiese y Notifíquese.

(fdo.) JOSE A. TROYANO

(fdo.) ADAN ARNULFO ARJONA L.

(fdo.) GRACIELA J. DIXON C.

(fdo.) ROGELIO A. FABREGA Z.

(fdo.) GABRIEL E. FERNANDEZ

(fdo.) MIRTZA ANGELICA FRANCESCHI DE AGUILERA

(fdo.) ARTURO HOYOS

(fdo.) CESAR PEREIRA BURGOS

(fdo.) ELIGIO A. SALAS

(fdo.) CARLOS H. CUESTAS G.

Secretario General

=====

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR EL DOCTOR MARIO J. GALINDO CONTRA LA ULTIMA FRASE DEL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 23 DE LA LEY 56 DE 1995, QUE DICE "CONTRA LA DECISION ADOPTADA, NO CABE NINGUN RECURSO". MAGISTRADO PONENTE: JOSE A. TROYANO. PANAMA, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL (2000).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

VISTOS:

El doctor MARIO J. GALINDO H. actuando en su propio nombre, interpuso ante el Pleno de la Corte Suprema, recurso de inconstitucionalidad contra la frase "Contra la decisión adoptada, no cabe ningún recurso", contenida en el primer párrafo del artículo 23 de la Ley 56 de 1995, "POR LA CUAL SE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", por violar los artículos 32 y el segundo inciso del artículo 203 de la Constitución Nacional.

El artículo 23 de la mencionada Ley 56, se refiere al pre-requisito de que, en los casos de licitaciones, los proponentes deben ser previamente pre-calificados, que la Institución contratante deberá designar comisiones de pre-calificación de los proponentes que estarán integradas por servidores públicos y profesionales idóneos en ciencias económicas, administrativas, financieras, de ingeniería, etc., dependiendo de la actividad para la que se pide la pre-calificación, y que tendrán la responsabilidad de examinar las solicitudes y recomendar a la entidad contratante, la pre-calificación o su negativa.

Contra esta recomendación -positiva o negativa- de la comisión de pre-calificación de proponentes de la Institución que se trate, no cabe ningún recurso; éste último aspecto es el impugnado por el actor.

La acción se funda en los siguientes hechos:

Que la ley contentiva de la norma impugnada, establece la posibilidad de que en las contrataciones públicas se incluya el trámite precontractual de precalificación, como parte del proceso de licitación.

Que dicho trámite tiene la finalidad de seleccionar a las personas que harán las propuestas en la licitación, solicitud de precios o concurso de precios que se trate.

Que el acto administrativo mediante el que se descalifica a un posible proponente -que llama "acto de exclusión"- supone la pérdida del derecho de participar en el procedimiento licitatorio correspondiente, para el descalificado.

Que al expedir el "acto de exclusión", la administración puede incurrir en vicios de ilegalidad o de desviación de poder, que pueden afectar la validez del acto.

Que el llamado "acto de exclusión" se incluye dentro de los actos separables, establecidos en los artículos 59 -señala que la nulidad de los actos es separable de la nulidad del contrato- y 67 -reglas a las que se sujeta todo contrato que celebre el Estado, entre las que se confirma la del artículo 59 de la Ley 56 de 1995- es decir, que pueden ser impugnados independientemente de las demás actuaciones administrativas agregado al proceso de contratación pública.

Que, violando las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional, la frase denunciada como inconstitucional omite el "acto de exclusión" de la posibilidad de ser impugnado, colocando al afectado en estado de indefensión.

Consideró el letrado que la frase refutada infringe los artículos 32 y 203 numeral 2° de la Constitución Nacional.

En cuanto a la presunta violación del artículo 32 Constitucional, conceptuó el Dr. GALINDO que el principio constitucional del debido proceso se extiende al derecho a la tutela judicial efectiva.

Luego de exponer extractos de fallos del Pleno sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, señaló el impugnante que la norma criticada tiene la "inexplicable finalidad" de negarle a la persona excluida de una licitación pública, el derecho de acudir a los tribunales para impugnar el acto administrativo en cuya virtud se le excluyó del proceso licitatorio.

Considera el accionante que el "acto de exclusión" no es infalible, y por ello puede la administración incurrir en vicios de ilegalidad o desviación de poder que determinen su nulidad; por ello, negarle al afectado la oportunidad de defender su derecho de participar en la licitación, lo deja en estado de indefensión.

La norma acusada infringe presuntamente el numeral 2° del artículo 203 de la Carta Fundamental -atribución legal que tiene la Corte Suprema de Justicia de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto a los actos de la administración pública- por violación directa.

Este numeral es "una manifestación concreta del derecho de tutela judicial en la medida en que somete al control jurisdiccional todas las actuaciones de la administración pública".

Por ello -señala el petente-, todo acto administrativo que crea situaciones jurídicas, sean generales e impersonales o particulares e individuales, es recurrible ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, mediante la acción pública de nulidad, o la de plena jurisdicción.

Luego entonces, al disponer el artículo 23 de la Ley 56 de 1995 que el acto

que excluye a una persona de un proceso de contratación pública, no es impugnabile por ninguna vía, viola la tutela judicial efectiva, pues excluye a este acto de la posibilidad de ser sometido al control jurisdiccional.

Ello equivale a suponer que, aunque la administración incurra en algún vicio de ilegalidad al dictar el acto en cuestión, la persona afectada tiene que resignarse a aceptar tal decisión como si fuese justa.

Admitida la acción, se corrió traslado al Procurador General de la Nación por el término de diez (10) días a partir del recibo del expediente, para que emitiera su opinión, lo cual hizo mediante la Vista N° 15 de 3 de junio de 1999.

En ella, consideró que la pre-calificación es un simple acto de preparación en el que el proponente presenta para la verificación de una comisión de pre-calificación, algunos requisitos técnicos y financieros para ser analizados, decidiendo si cumple con las condiciones del pliego de cargos.

Por tanto, es un acto preparativo en el que el proponente debe estar consciente de que para participar en un acto de contratación con el Estado, debe cumplir los requisitos exigidos para la pre-calificación y que de no cumplirlos, implica que la comisión de pre-calificación recomiende a la Institución contratante, negar la calificación.

Es una etapa preliminar en que la administración solicita a los proponentes que, previo al acto de presentación formal de una propuesta, cumplan ciertos requisitos de orden técnico y condiciones particulares para asistir a dicho acto, razón por la que no puede existir en ese momento, un vicio de ilegalidad o una desviación de poder -como advierte el actor- si no se tienen los requisitos para participar en una contratación.

Opina el representante del Ministerio Público, que el acto por medio del cual una comisión de pre-calificación recomienda o no a un proponente a la entidad contratante, no genera derechos para ninguno de aquellos, por lo que no se lesionan sus intereses; que, no se puede calificar a la pre-calificación como un acto de exclusión -en la etapa incipiente de la contratación pública- "que va más allá de toda posible impugnación", por ser un "simple acto de la administración, meramente preparatorio", que deben cumplir los proponentes para participar en un contratación pública, por lo que no se da un desconocimiento de la tutela efectiva de un derecho inexistente.

Opinó que, si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial forma parte de la garantía constitucional del debido proceso, ello no implica que todas las resoluciones puedan ser recurridas.

El Opinador citó, al autor Francisco Chamorro Bernal, para sustentar su postura de que el acto de mero trámite o preparatorio de pre-calificación fue excluido de ser recurrido en la Ley de contratación pública, ya que al someter dicha preselección a un medio impugnativo, provocaría una burocratización en el proceso de contratación pública, desconociendo los principios regentes de las actuaciones contractuales de las entidades públicas; además de dilatar las contrataciones para la adquisición de bienes o servicios por parte del Estado, al resolverse la pre-calificación y formalizarse el respectivo contrato, podría ser impugnada, dilatándose más el proceso de contratación, perjudicando así los intereses del Estado.

Por ello, consideró el emisor de la Vista en comento, que la norma impugnada no violó el artículo 32 de la Constitución Nacional.

En lo que respecta a la presunta violación del artículo 203, numeral 2, íbidem, también disiente de los planteamientos del actor, ya que existen una serie de actos administrativos que, por sus propias características, no son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dichos actos administrativos -agrega el Procurador- son definidos por el autor Libardo Rodríguez como "aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a una decisión o que cumplen un requisito posterior a ella".

Por otro lado, asevera que la Ley Orgánica de lo Contencioso-Administrativo -Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 43 de 1946- señala en su artículo 42, que sólo son recurribles ante la Sala Tercera los actos o resoluciones definitivas, o providencias de trámite, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de manera que pongan término o imposibiliten su continuación.

De ello se deduce que existen actos emitidos por la administración que, por ser de mero trámite y no ponerle fin a un asunto, no son recurribles.

El Procurador apoyó esta aseveración con resoluciones de la Sala Tercera de esta Corporación de Justicia.

Para concluir, indicó que el acto de pre-calificación forma parte de un procedimiento administrativo dirigido a adoptar una decisión final, por lo que no tiene un carácter definitivo, y tampoco puede infringir el numeral 2° del artículo 203 de la Constitución Nacional.

Devuelto el expediente a la Secretaría General de la Corte Suprema, se fijó en lista por el término de diez (10) días contados a partir de la última publicación del Edicto, para que el demandante y todas las personas interesadas presentaren escritos argumentativos sobre el caso.

Dicho término fue utilizado por el Dr. MARIO GALINDO, quien refutó los argumentos del Procurador General de la Nación, de que la Administración Pública no puede cometer errores que perjudiquen a nadie, en la etapa preliminar, ya que sólo se solicita a los aspirantes a proponentes que cumplan ciertos requisitos técnicos y condiciones particulares para presentarse a la contratación pública, señalando el actor que es innegable que el incumplimiento de los requisitos indispensables para participar en un procedimiento licitatorio, no permite la intervención en el acto de contratación y no puede ser refutado por el afectado; pero que ese no es el punto esencial de la impugnación.

El punto controvertido estriba en la exclusión del interesado del acto de Contratación Pública aunque haya cumplido los requisitos técnicos y condiciones particulares para participar en el mismo.

Es allí, donde -en opinión del letrado- puede la Comisión Calificadora incurrir en errores o en desviación de poder, y dejar fuera al competidor perjudicado, enfatizando que la Vista Fiscal no hizo alusión a este aspecto del problema, y que considera a la entidad calificadora como infalible, cosa que dista mucho de la realidad.

En este sentido, la apreciación de los pliegos de cargos, de la idoneidad técnica de los aspirantes, son ejercicios valorativos sujetos a interpretación, que puede ser errónea, y que por tener efectos jurídicos pueden provocar controversias, que deben ser decididas por el Órgano Judicial, lo cual es exigido por la tutela Judicial efectiva, y que "el precepto impugnado, que no tiene un propósito distinto del de evitar dicho control, viole la mencionada garantía y sea, por consiguiente, inconstitucional."

En cuanto a la presunta violación del numeral 2° del artículo 203 Constitucional, el accionante replica los argumentos del Procurador General de la Nación, señalando que concuerda con él, al considerar que existen actos de la Administración que por su propia naturaleza -los actos preparatorios y los de mero trámite-, no son impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por ello, discrepa en considerar el acto por el que se descalifica a un

aspirante a participar en un acto de contratación pública, como preparatorio o de mero trámite.

Hizo suyo el Dr. GALINDO el criterio de los administrativistas García de Enterría y Fernández, quienes en síntesis, consideran que no es que los actos de mero trámite no son impugnables, sino que no lo son separadamente; es decir, que hay que esperar a que se dicte la resolución final del procedimiento para entonces impugnar, junto con dicha resolución final, todas las irregularidades que se consideren cometidas en dicho procedimiento.

Esto último, no es el propósito de la norma denunciada, que sí tiene el propósito de colocar los actos de exclusión de aspirantes a proponentes, en situación de inimpugnabilidad.

Por otro lado, aduce el petente que la diligencia de pre-calificación no resuelve un asunto de mero trámite, sino una cuestión de fondo, consistente en determinar quiénes pueden participar en el acto de contratación pública.

También manifiesta que los fallos invocados en la Vista Fiscal para fundar la inimpugnabilidad del acto cuya inconstitucionalidad se invoca, se basan en actos que "no causan estado", es decir, que por no tener carácter definitivo podían ser recurridos en una etapa posterior en sus respectivos procedimientos administrativos.

En otro sentido, afirma el Dr. GALINDO que la norma criticada infringe el numeral 2° del artículo 203 Constitucional, dado que la norma impugnada establece "zonas de impunidad o inimputabilidad" en las que los particulares no tienen defensa contra los actos de la Administración que fundados en errores o en desviación de poder.

En cuanto a la violación del principio de economía, lo que ocurriría -a juicio del Jefe del Ministerio Público- si se declara inconstitucional la frase "contra la decisión adoptada no cabe ningún recurso" contenido en el artículo 23 de la Ley 56 de 1995, permitiendo con ello la dilatación de las contrataciones para la adquisición de bienes y servicios para el Estado, y originando la impugnación por todo aquel que se sienta afectado por el acto de pre-calificación, lo que contrariaría los intereses del Estado, considerando el denunciante constitucional, que estaría de acuerdo con esta opinión, si el acto de marras fuera de mero trámite, pero no lo es, sino un acto que pone fin a la participación del interesado en el procedimiento de contratación pública, del que queda separado y sin oportunidad de refutar dicho acto de separación.

Este efecto no puede soslayarse so pretexto de cumplir el principio de economía, porque entonces se desatendería el principio de tutela judicial efectiva, valor de orden jerárquico superior a juicio del actor que el anterior.

Además, señaló que el principio de economía no es el único valor atendible para dilucidar la controversia, porque el articulado de la Ley 56 de 1995 recoge principios como el de transparencia, establecido en el artículo 16.

Todo lo anterior no implica que el legislador tenga que permitir que toda actuación de la Administración sea examinable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que puede limitar los medios impugnativos en muchos aspectos de los procedimientos administrativos.

Expuestos los elementos primordiales del negocio, se dispone el Pleno a dilucidar la controversia, no sin antes verter las siguientes consideraciones.

La controversia surge en la redacción del artículo 23 de la Ley 56 de 1995, que regula la contratación pública. Para mayor claridad en el planteamientos del problema, reproducimos el contenido de la norma:

"Artículo 23. Precalificaciones

En los casos que sea requerido en el pliego de cargos, los proponentes deberán ser previamente precalificados. La entidad contratante designará comisiones de precalificación de proponentes, integradas por servidores públicos y por profesionales idóneos en las ciencias económicas, administrativas, financieras, de ingeniería y otras, dependiendo de las actividad para la cual se ha solicitado la precalificación, las que tendrán a su cargo examinar las solicitudes y recomendar a la entidad contratante, la precalificación o su negativa. Contra la decisión adoptada, no cabe ningún recurso." (La frase en negrilla es la impugnada)

La controversia estriba en que la frase acusada de inconstitucional viola principio del debido proceso contenido en el artículo 32 Constitucional, porque, al no ser el acto de pre-calificación o descalificación un acto de mero trámite, sino un acto por el cual el aspirante descalificado queda en estado de indefensión por no tener la posibilidad de impugnar el mismo, quedando eliminado del proceso administrativo de contratación pública.

También infringe el principio del debido proceso porque éste incluye la garantía de la tutela judicial efectiva, que asegura a los ciudadanos el poder comparecer ante la administración de justicia, para solicitar la solución de los conflictos que ante ella presenten.

Ahora bien, se aduce que este principio de tutela judicial efectiva se manifiesta de una manera específica en el numeral 2° del artículo 203 Constitucional -que establece como atribución legal de la Corte Suprema de Justicia, la jurisdicción contencioso-administrativa, para examinar las actuaciones de los servidores públicos, la faculta para corregir esas actuaciones, y pone dicha jurisdicción a disposición de los ciudadanos que se consideren afectados-, ya que, en virtud de dicha norma, los ciudadanos pueden avocarse a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar las actuaciones de la Administración; empero, la frase tachada de inconstitucional impide a los descalificados de la contratación pública, acudir a esa jurisdicción para impugnar el acto de calificación de aspirantes, quedando en estado de indefensión, y violando de paso, esta norma constitucional.

En el presente caso, esta Corporación de Justicia le concede la razón al actor, ya que -contrario a lo señalado por el representante del Ministerio Público- el acto de calificación o descalificación de proponentes para un acto de contratación pública -licitación, concurso de precios o solicitud de precios- no es un acto de mero trámite o preparatorio, ya que la descalificación de un aspirante por parte de la comisión de pre-calificación de proponentes, lo deja fuera del procedimiento, perdiendo todo vínculo con el mismo; ello no puede ser considerado como un asunto de mero trámite, sino un asunto que extingue de manera definitiva la participación de un aspirante a contratante con una Institución Estatal, lo cual significa que tiene efecto autónomo.

Cabe destacar que, la primera parte del segundo párrafo del artículo 23 de la Ley 56 de 1995, establece que "Toda persona que haya sido precalificada tendrá derecho a presentar propuesta,"; a contrario sensu, ninguna persona que haya sido descalificada, tendrá derecho a presentar propuesta.

A juicio del Pleno, esta frase determina fehacientemente el carácter vinculante de la "recomendación" que hacen las Comisiones Precalificadoras, lo que demuestra la afirmación del demandante, de que el aspirante descalificado por la Comisión de marras queda en estado de indefensión.

En este sentido, el Pleno considera oportuno citar al autor Carlos Ariel Sánchez en su obra "TEORIA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO", en el que define los "actos de impulso" y los "actos resolutivos", de la siguiente manera:

"Actos de impulso

Son aquellos que buscan que el procedimiento cumpla su finalidad y

continúe y se desenvuelva ordenadamente, cumpliéndose los distintos requisitos hasta llegar a la decisión final. El procedimiento administrativo por su oficiosidad se desarrolla con cierto automatismo interno.

Actos resolutorios

Se trata de actos que no deciden finalmente sobre el procedimiento pero que se pronuncian sobre determinados trámites interno, como son los que deciden sobre la admisión de la prueba, las medidas cautelares; en el caso de un concurso sería el que admite los candidatos y ordena la realización de las pruebas." (Cfr. SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Teoría General del Acto Administrativo, 1ª edición, Biblioteca Jurídica Dyke, Medellín Colombia, 1995, p. 331)

Evidentemente, los actos administrativos que el autor denomina "de impulso", equivalen a los "actos preparatorios" o de "mero trámite", mientras que dentro de los actos que denomina "resolutorios", son aquellos que deciden un trámite interno del procedimiento, sin que necesariamente decidan de manera definitiva la adjudicación definitiva de la licitación pública, en el caso que nos ocupa.

Es de notar que Sánchez Torres los define separadamente, lo que demuestra con claridad meridiana, que el acto de calificación de la Comisión Pre-calificadora, no es un acto de impulso o de mero trámite.

En el mismo orden de cosas, hay que señalar que, si bien es cierto que el Jefe del Ministerio Público manifestó que el acto de preselección de candidatos es un simple acto de preparación, lo cual trató de sustentar en los fallos por él invocados, lo cierto es que dichas sentencias no sustentan su criterio.

La sentencia esgrimida por el Funcionario Opinador, de 15 de abril de 1999, solo reconoce que la tutela judicial forma parte del principio del debido proceso, pero el señalamiento de que este Pleno ha dicho que no todos los actos o resoluciones son recurribles -en virtud de la tutela judicial- no está contenido en ese fallo.

Le asiste la razón al Opinador en el sentido de que no es aplicable la tutela judicial a todo acto -jurisdiccional o administrativo-, sino a aquellos que por sus efectos, lo ameritan.

En cuanto a la afirmación del autor Francisco Chamorro Bernal, contenida en la sentencia de 7 de abril de 1997, citada en la Vista Fiscal, advierte el Pleno que dicho autor, al negar la aplicación de la tutela judicial a toda resolución, en realidad se está refiriendo a toda resolución judicial, y no hace alusión a resolución administrativa alguna; además, el fallo en comento revela una controversia en torno a la inimpugnabilidad de resoluciones judiciales.

Luego entonces, salta a la vista que esta opinión es utilizada impropriamente por el Procurador General de la Nación en el presente caso -al igual que el fallo anterior- para sustentar la no violación del artículo 32 de la Constitución por la parte final del primer párrafo del artículo 23 de la Ley N° 56 de 1995.

Para fundamentar el criterio de que el párrafo mencionado tampoco viola el numeral 2° del artículo 203 Constitucional, el Jefe del Ministerio Público aludió al artículo 42 de la Ley 135 de 1943 -modificada por la Ley 33 de 1946-, que sólo reconoce la impugnabilidad, ante la Sala Tercera, de los actos o resoluciones definitivas, o providencias de trámite, si deciden de manera directa o indirecta, el fondo del asunto, poniendo término o haciendo imposible su continuación.

También citó al autor Libardo Rodríguez en su obra "Tratado de Derecho Administrativo General y Colombiano", para demostrar la existencia de actos administrativos de mero trámite o de preparación de la resolución final; que

dichos actos no son impugnables separadamente del acto final, sino que expresan un principio de concentración procesal, que consiste en que, a través de la impugnación de la resolución final del procedimiento, se denuncian las inconformidades producidas por la manera como se desarrolló dicho proceso (ver fs. 23 y 24).

Empero, advierte esta Corporación de Justicia que el autor en comento no especificó los actos considerables como de mero trámite o impugnables con la decisión final.

Ello no logra fundar -a juicio de esta Superioridad- el criterio del Opinador, ya que dejó un vacío o interrogante en torno a qué actos son, en esencia, preparatorios o de mero trámite, para aplicarles esta teoría.

De la misma manera, citó cuatro autos dictados por la Sala Tercera: de 16 de junio de 1998, 12 de junio de 1992, 22 de diciembre de 1995 y 9 de diciembre de 1998.

En el primero, dicha Sala consideró como un acto preparatorio, la autorización que se dio al Director de la Autoridad Portuaria Nacional, para suscribir un posible contrato de concesión con la empresa Colon Port Terminal, para la administración de unos muelles en el Puerto de Coco Solo Norte, para formalizarse en un plazo de 30 días.

Considera la Corte que ese caso sí constituyó un acto preparatorio, porque la autorización dada por el Órgano Ejecutivo al Director de la entonces Autoridad Portuaria Nacional, era un acto no susceptible de impugnación, ya que el mismo "no creaba estado", es decir, no afectaba derechos de particulares, sino que adelantaba el procedimiento de contratación pública. En ese caso, al celebrarse el contrato, el afectado tendría la alternativa de interponer una demanda contencioso administrativa, si consideraba que se incumplieron los requisitos para su validez, tal como lo afirma la sentencia en comento.

La segunda resolución invocada por el señor Procurador, se refería a un acto de convocatoria a contrataciones pública; también aclaró dicho auto, que el Código Fiscal establece que ni aun la adjudicación provisional de las licitaciones públicas constituye un acto definitivo, y por lo tanto, no susceptible de impugnación según el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificada.

Ese acto de convocatoria a licitación pública, también es un acto preparatorio, pues ello no afecta el derecho de ningún particular, y solo constituía un acto preparatorio para dicha contratación.

El tercer auto proferido por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, se refirió al Memorándum de Entendimiento suscrito entre el Gobierno Nacional y la empresa Bechtel Enterprises, Inc.

En ese fallo, declaró atinadamente la Sala Tercera que dicho acto era un "precontrato", que equivalía a un acuerdo o compromiso entre las partes involucradas para la futura negociación de un contrato; la intención es asegurar la celebración futura del contrato para el cual se comprometen anticipadamente.

En ese caso, tampoco puede haber derechos particulares afectados, porque lo impugnable sólo es el contrato mismo, por las condiciones contenidas en él, sus efectos, etc.; pero no el compromiso para la futura celebración del contrato, pues ello no acarrea ninguna afectación a la parte contratante; en caso de que se pudiera ver perjudicado por el acuerdo promisorio, entonces la parte contratante tiene la libertad de no suscribir dicho acuerdo.

La última decisión contemplada en la Vista Fiscal, se refiere a una autorización otorgada por el Consejo de Gabinete para que la Comisión correspondiente negociara un contrato.

Este caso es similar a los anteriores, razón por la cual este Pleno concuerda con el criterio del demandante constitucional, en el sentido de que los actos o resoluciones atacadas en esos casos, sí constituían actos preparatorios o de mero trámite, que no merecían ser impugnados.

Esto, en cuanto a la violación del numeral 2° del artículo 203 Constitucional.

Luego entonces, la frase demandada de inconstitucional sí deja en estado de indefensión -a criterio de la Corte- al proponente desestimado por la Comisión Calificadora de aspirantes a la Contratación Pública con la Institución Contratante, dejándolo sin participación en el resto del procedimiento, por lo que la Corte estima que la frase "contra la decisión adoptada no cabe ningún recurso" contenida en la última parte del primer párrafo del artículo 23 de la Ley 95 de 1997, viola el principio constitucional del debido proceso legal contenido en el artículo 32 Constitucional, al no permitirle defenderse de su exclusión por parte del Comité pre-calificador.

Por otro lado, es el criterio del Pleno, que el párrafo mencionado también infringe el numeral 2° del artículo 203 de la Excerta Fundamental, toda vez que excluye no sólo de la impugnación vía administrativa sino también del control de la administración de justicia, la decisión del Comité pre-calificador para la contratación estatal pertinente, siendo dicho acto de naturaleza autónoma dentro del procedimiento de contratación pública, por afectar derechos de particulares, lo cual justifica de manera evidente el derecho del aspirante a proponente, para impugnar un acto que lo perjudica de manera permanente, al quedar excluido de forma definitiva del proceso de contratación pública.

Ello significa que el acto de calificación o descalificación de los candidatos a participar en el acto de licitación, concurso de precios o solicitud de precios no es un simple acto preparatorio o de mero trámite, sino un acto con autonomía y efectos propios que la doctrina administrativista denomina resolutorio, que al decidir la suerte de cada candidato, se constituye en un acto que causa estado, es decir, que afecta el derecho subjetivo de los participantes, razón por la cual éstos deben poder impugnar su descalificación a través de los recursos que de manera supletoria señala la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 43 de 1946.

El numeral 2° del artículo 203 Constitucional es del siguiente tenor:

"ARTICULO 203: La Corte Suprema de Justicia tendrá entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. ...

2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.

..." (Negrilla de la Corte)

En cuanto al principio de la tutela judicial efectiva, la Corte ha aceptado la definición del autor Joaquín Silguero, contenida en su obra "La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a Través de la Legitimación de los Grupos", plasmada en la sentencia de 21 de diciembre de 1998, y que es del siguiente tenor:

"Desde la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (la que, con arreglo a la doctrina de este Pleno forma parte de la garantía constitucional del debido proceso), la doctrina española le ha dedicado una importancia decisiva, como derecho fundamental. 'El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal, ya que surge con la incoacción, desarrollo y ulterior resolución de un proceso' manifiesta Joaquín Silguero Estagnan." (SILGUERO, Joaquín, "La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la Legitimación de los Grupos", Editorial Dykinson, Madrid, págs. 85-86)

De esta definición se desprende, a juicio de la Corte, que este derecho a la tutela judicial efectiva se materializa en el cumplimiento del numeral segundo del artículo 203 de la Constitución Nacional, toda vez que la facultad legal que ésta le otorga a la Corte Suprema de Justicia, es precisamente, la de proteger los intereses legítimos de los ciudadanos cuando están involucrados en un proceso -o procedimiento- desarrollado por el Estado, cuando quienes se consideran perjudicados acuden a la vía jurisdiccional para obtener dicha protección, de las actuaciones de las entidades públicas.

En este orden de cosas, y en virtud de la facultad otorgada por el artículo 2557 del Código Judicial -para analizar la norma o acto violatorio, no sólo respecto a las normas constitucionales que se presumen infringidas, sino a todas las que se estimen pertinentes- el Pleno considera oportuno traer a colación lo normado en el segundo párrafo del artículo 263 de la Constitución, que a la letra dice:

"ARTICULO 263: ...

La ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación."
(Negrilla del Pleno)

El fragmento reproducido declara que es deber del Estado -a través de la Ley- asegurar, además del mayor beneficio para el Estado, que la licitación sea justa en la adjudicación; esto implica que todo el procedimiento debe ser justo, no sólo la adjudicación.

Por consiguiente, la frase tildada de inconstitucional impide que el procedimiento de contratación pública sea justo -a juicio de la Corte-, por cuanto deja en estado de indefensión a los posibles adjudicatarios o aspirantes a contratantes con el Estado que hayan sido descalificados por la Comisión Pre-calificadora, por no poder impugnar el acto que lo descalifica y que lo excluye del procedimiento licitatorio sin oportunidad de defensa, lo que a todas luces, es injusto.

En consecuencia, la frase impugnada también infringe el segundo párrafo del artículo 263 de la Constitución Nacional.

Luego entonces, los argumentos del accionante nos hacen concluir que es incuestionable la violación de los tres preceptos constitucionales por parte de la frase impugnada, por todas las razones ya esbozadas.

Por lo tanto, considera esta Corporación de Justicia, que debe reconocer la pretensión del demandante constitucional.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL la frase "contra la decisión adoptada, no cabe ningún recurso", contenida en la parte final del primer párrafo del artículo 23 de la Ley 56 de 1995, por violar los artículos 32, 203 numeral 2°, y 263 de la Constitución Nacional.

Cópiese, Notifíquese y Publíquese en la Gaceta Oficial.

(fdo.) JOSE A. TROYANO

(fdo.) ADAN ARNULFO ARJONA L.

(fdo.) GRACIELA J. DIXON C.

(fdo.) ROGELIO A. FABREGA Z.

(fdo.) GABRIEL E. FERNANDEZ

(fdo.) MIRTZA ANGELICA FRANCESCHI DE AGUILERA

(fdo.) ARTURO HOYOS

(fdo.) CESAR PEREIRA BURGOS

(fdo.) ELIGIO A. SALAS

(fdo.) CARLOS H. CUESTAS G.

Secretario General

=====

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO MARTÍN MOLINA CONTRA LA FRASE "Y LA EXPATRIACIÓN SIN CAUSA LEGAL" CONTENIDA EN EL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 2566 DEL CÓDIGO JUDICIAL. MAGISTRADO PONENTE: ROGELIO A. FÁBREGA Z. PANAMA, VEINTE (20) DE DICIEMBRE DE DOS MIL (2000).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

VISTOS:

Ante el Pleno de esta Corporación de Justicia interpuso el licenciado MARTÍN MOLINA R., en su propio nombre, demanda de inconstitucionalidad contra la frase "y la expatriación sin causa legal", contenida en el numeral 5 del artículo 2566 del Capítulo I, Título II, Libro IV del Código Judicial.

Corresponde a esta etapa, determinar si la demanda de inconstitucionalidad cumple con los requisitos procesales, a los efectos de que se determine si la misma es admisible, por cumplir los mismos o, por el contrario, no admitir la demanda, si ésta no cumple con los aludidos requisitos. Como es sabido, dichos requisitos vienen consignados en los artículos 2551 y 2552 del Código Judicial, y consisten en la transcripción del acto cuya declaratoria se pide, las disposiciones constitucionales que se entienden infringidas, el concepto en que lo han sido y los requisitos exigidos para toda demanda, señalados en el artículo 654 del Código Judicial, entre otros.

El examen del escrito permite comprobar que el actor no satisface la exigencia normativa común a todas las demandas, consistente en el deber de expresar correctamente los hechos que sirven de sustento a la acción (fs.2).

Lo anterior es así, en virtud de que, aunque la presente demanda contiene tres (3) hechos, los mismos no cumplen con el objetivo de servir de fundamento, tal como lo establece el artículo 654 del Código Judicial, en su numeral 6°, el cual reza así:

Artículo 654, numeral 6°: "Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, determinados y numerados en cifras o por medio del adjetivo ordinal correspondiente;"

Se cumple este aparte de la demanda señalada, un recuento fáctico que le sirva, como señala el artículo 654 del Código Judicial citado, de fundamento a la pretensión constitucional. Los hechos enunciados no constituyen otra cosa que datos normativos, que hacen referencia a la adopción del texto único que integra