



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

M.P. **NILSON PINILLA PINILLA**

E. S. D.

1

REF: Expediente D-9775

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; y **JORGE ANDRÉS MORA MÉNDEZ**, actuando como ciudadano y Docente del Área de Derecho Procesal de la **Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según Auto 22-07-13, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991.

ANTECEDENTES

El ciudadano **NILSON GIOVANNY MORENO LOPEZ**, presentó demanda mediante la cual pretende se declare la inconstitucionalidad del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional admitió la demanda y radicada con el número D- 9775, dispuso su fijación en lista por el término de ley, dentro del cual nos encontramos para hacer la siguiente intervención.

FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN

El argumento base de la demanda de inconstitucionalidad radica en que se viola lo dispuesto en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política en relación con la falta de un mecanismo de defensa judicial para el contratista que queda inhabilitado

por el incumplimiento reiterado señalado en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, pues según el demandante, la administración de manera autónoma decide el momento en el que se impone la multa, perdiendo la norma toda objetividad al ser del arbitrio exclusivo de la administración elegir a quién inhabilita y a quién no, lo que puede hacer imponiendo todas las multas en un mismo periodo o distribuyéndolas en varios periodos para evitar la inhabilitación del contratista. Así mismo, sostiene el actor que se viola el derecho a la igualdad dentro de este procedimiento de inhabilitación del contratista, toda vez que la norma incoada no tiene en cuenta el tratamiento distinto que debe corresponder a los hechos que generan la imposición de cada multa o cada evento de incumplimiento, ni la gravedad de los mismo ni la proporcionalidad entre el hecho generador y la sanción, fenómeno que es factor técnico del principio a la igualdad.

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, anticipándose a la conclusión, comparte los argumentos de la demanda frente a la violación del principio a la igualdad, pero solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada de la norma demandada, por las razones y argumentos que a continuación se exponen.

1. LA CONTRATACION ESTATAL Y LA APLICACIÓN DEL INTERES GENERAL

De conformidad con el artículo 1 de la Constitución, Colombia es un Estado social de derecho, fundada, entre otros principios, en la prevalencia del interés general. Lo anterior trae como consecuencia que las actividades desarrolladas por cada uno de los ciudadanos y en especial de la administración pública deben estar dirigidas a la materialización efectiva de esos postulados axiológicos. En el caso que nos ocupa el interés general como principio constitucional ocupa un papel preponderante, pues como ya lo ha sostenido la Honorable Corte Constitucional en sentencia C 400 de 1999, existe un interés público implícito en la contratación estatal que afecta de manera directa la institución jurídica. En efecto, la mencionada providencia señaló al respecto:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia

de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.

Esta circunstancia de estar adscrita a la consecución del interés común, impone también que en la contratación administrativa no sea indiferente la persona del contratista que celebra un convenio o acuerdo con la Administración. Puede decirse que el contrato estatal es, sin lugar a dudas, un contrato de aquellos que la doctrina califica como contratos *intuitu personae*, o contratos celebrados en razón a las calidades mismas de la persona con la que se contrata. En efecto, la Administración no puede exponer la cabal obtención de aquel interés general, confiando la ejecución de los objetivos contractuales en manos de personas que no reúnan las garantías y condiciones suficientes. Es más, se le impone un celo especial en la selección de aquella persona que mejores condiciones y garantías presenta.

Diversas normas de la Ley 80, estructuran un mecanismo jurídico apropiado para que la persona que va a contratar con el Estado reúna las condiciones y garantías que aseguran la obtención de las finalidades superiores que se vienen comentando: así, las normas relativas al registro único de proponentes buscan lograr que en él consten todos los aspectos y datos necesarios para que la Administración pueda conocer a los posibles contratantes. En ese orden de ideas, el artículo 22 de la Ley 80 indica en el registro único de proponentes que lleva la Cámara de Comercio, se hagan constar los hechos que permiten deducir la idoneidad moral, técnica y financiera del contratista, así como toda información adicional relativa a su experiencia. En una etapa posterior, dentro del contexto de la licitación o del concurso público, la entidad que va a contratar debe proceder a calificar las propuestas formuladas por las personas inscritas en el registro que han respondido a su invitación a concursar. Dicha calificación resulta de la comparación de las propuestas entre sí y con las condiciones prefijadas en los términos de referencia y en los correspondientes pliegos de condiciones.

De este modo se garantiza que la entidad que va a contratar seleccione a los proponentes que cumplan los requisitos mínimos y objetivos necesarios para participar en la licitación, y que entre ellos evalúe las propuestas, de acuerdo con los criterios de selección prefijados, todo ello con el fin de escoger a aquel contratista que con su oferta ofrezca las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración.

Para la Corte es claro que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundadante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental; así las cosas, desde este punto de vista, tal normatividad, contenida parcialmente en las normas demandadas, no sólo se ajusta a la Constitución, sino que es su natural y obvio desarrollo” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, podría pensarse de manera equivocada que si bien es cierto existe un interés general en los procesos de contratación estatal, también es cierto que de conformidad al precedente constitucional dicho interés se materializa en la protección de los derechos fundamentales, los cuales son citados por el demandante en el asunto de la referencia¹. No obstante lo anterior, este Observatorio quiere resaltar que aunque la protección efectiva de los derechos fundamentales es prenda de la prelación del interés general, no se puede desconocer que la rigurosidad de los procesos de contratación permiten que se garanticen otros derechos fundamentales de individuos que se favorecerán por los objetos de los contratos públicos, derechos que pueden ser también la igualdad e incluso el debido proceso cuando se trate de contratos públicos relacionados con la administración de justicia².

¹ Al respecto el demandante sostiene que se viola el debido proceso y el derecho a la igualdad como consecuencia de la norma demandada.

² Por ejemplo, los contratos públicos destinados a la implementación de la oralidad en el proceso civil como consecuencia de la entrada en vigencia del Código General del Proceso. La transparencia en este tipo de conflictos permitirán garantizar el debido proceso en sus más amplias dimensiones.

Aunado a lo dicho, es pertinente señalar que la Honorable Corte Constitucional ha efectuado el examen de prevalencia del respeto de los derechos fundamentales sobre el interés general, pero no en asuntos propios de la contratación pública. Lo mencionado se refleja en Sentencia C 251 de 2002, en donde la Corte sostiene que *“la simple invocación del interés general, o de la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y el orden público, no representa un argumento que justifique, por sí solo, la limitación o restricción de un derecho constitucional, pues no tendría sentido que los derechos constitucionales sean sacrificados supuestamente para asegurar la realización de las condiciones que permiten gozar de ellos.*

Lo señalado implica que la Honorable Corte puede variar su precedente frente a la posible relativización de los derechos fundamentales frente al interés general, pues en consonancia con la sentencia C 836 del año 2001, este caso presenta nuevos componentes facticos y jurídicos que pueden conducir a variar el precedente horizontal, permitiendo de esta manera declarar constitucional la norma demandada.

2. FALTA DE VIOLACION AL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

El argumento que sostiene el demandante no da lugar a la declaración de inconstitucionalidad, pues el debido proceso se garantizó en la imposición de cada una de las sanciones como consecuencia de un incumplimiento del deber del contratista frente a la ejecución de otros contratos, y que bajo esos antecedentes, no es posible predicar violación al derecho de defensa, acceso a la administración de justicia, imparcialidad por parte de la administración, entre otros. Para el Observatorio toda falta tiene una consecuencia y las faltas reiteradas dan lugar a un importante antecedente para la contratación, por tanto, bajo estos parámetros y dentro del marco del interés general que involucra la contratación estatal, la norma debe ser declarada constitucional.

3. FALTA DE VIOLACION AL DERECHO A LA IGUALDAD

En este punto posiblemente se puede generar una “sensación de inconstitucionalidad”, específicamente frente a la desigualdad aparente que se presenta frente a dos contratistas que aunque cometieron las faltas en un mismo periodo fiscal y de la misma naturaleza, no tiene una decisión de la administración en el mismo periodo fiscal, entonces puede suceder que el contratista A tuvo sanción de cuatro faltas en un mismo periodo y la restante en otro, quedando habilitado para contratar, mientras que el contratista B tuvo las cinco sanciones en el mismo periodo fiscal, quedando impedido para contratar y generando una aparente violación al derecho a la igualdad.³

Acaece que en muchas ocasiones la administración por razones de congestión administrativa no le es posible resolver con prontitud cada una de las posibles imposiciones de multas o declaratorias de incumplimiento contractual, generándose un trato diferente para dos contratistas que cometieron la misma falta en el mismo periodo fiscal y cometiéndose un aparente trato desigual.

Es por esta razón que el Observatorio sugiere a la Honorable Corte Constitucional condicionar la interpretación del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, específicamente, en lo que tienen que ver con el periodo de vigencia fiscal que se va a tener en cuenta para generar la inhabilidad, es decir, que se tenga como periodo fiscal no el momento de la imposición de la multa o de la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la administración, sino el momento de la realización de algunas de éstas conductas por parte de los contratistas, garantizando de esta manera el derecho a la igualdad; siempre y cuando la Cámara de Comercio garantice que la administración pueda ver la actividad de cualquier contratista dentro del registro único de proponentes en un margen amplio de tiempo, en donde se debería implementar la fecha de realización de la falta o conducta y la fecha de imposición de la sanción o la declaración de incumplimiento contractual, teniendo a la primera como causal de inhabilidad contractual cuando se reúnan los requisitos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

Frente al tipo de multas, es decir, en cuanto a su gravedad y su posible violación al derecho a la igualdad, consideramos que este aspecto no debe ser tenido en cuenta como aspecto violador del derecho a la igualdad, debido al interés general que despierta la contratación pública en la que cualquier actuar irresponsable puede generar un detrimento patrimonial para el Estado e inclusive una eventual violación a un derecho fundamental.

³ Este análisis se hace teniendo en cuenta que los tres literales del artículo 90 de la ley 1474 de 2011 hacen referencia a la imposición y declaratorias de incumplimiento contractual que se hayan presentado durante una misma vigencia fiscal.

4. PROPUESTA DE ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD

El examen de proporcionalidad propuesto por el demandante desconoce el principio del interés general fundamento del Estado social del derecho, razón por la cual el Observatorio considera necesario hacer el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto desde la confrontación del principio al interés general vs. los derechos fundamentales citados por el demandante.

7

Desde esta perspectiva, estimamos que la medida tomada por el legislador es idónea para alcanzar los fines propuestos, es decir, garantizar la transparencia en los procesos de contratación estatal de conformidad al artículo 209 de la Carta Política. La medida en comento es necesaria, pues el demandante no propone otro tipo de medida que haría innecesaria la adoptada por el legislador. Finalmente, la medida es proporcional en el sentido estricto por las razones expuestas en el numeral primero de esta intervención.

CONCLUSIÓN:

El Observatorio pide a la Honorable Corte Constitucional condicionar la interpretación del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, específicamente, en lo que tienen que ver con el periodo de vigencia fiscal que se va a tener en cuenta para generar la inhabilidad, es decir, que se tenga como periodo fiscal no el momento de la imposición de la multa o de la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la administración, sino el momento de la realización de algunas de éstas conductas por parte de los contratistas, garantizando de esta manera el derecho a la igualdad; siempre y cuando la Cámara de Comercio garantice que la administración pueda ver la actividad de cualquier contratista dentro del registro único de proponentes en un margen amplio de tiempo, en donde se debería implementar la fecha de realización de la falta o conducta y la fecha de imposición de la sanción o la declaración de incumplimiento contractual, teniendo a la primera como causal de inhabilidad contractual cuando se reúnan los requisitos del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

JORGE ANDRÉS MORA MÉNDEZ

C.C. 1010174027 de Bogotá

Profesor Área de Derecho Procesal

Universidad Libre, Facultad de Derecho, Bogotá.