Función Pública

Sentencia 932 de 2007 Corte Constitucional

SENTENCIA C-932/07

Referencia: expediente D-6794

Demanda de inconstitucionalidad contra los artÃculos 24, 29 y 30 (parciales) de la Ley 80 de 1993, "*Por la cual se expide el Estatuto General de ContrataciÃ³n de la AdministraciÃ³n PÃºblica*".

Actor: Leonardo Enrique Carvajalino RodrÃguez

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

BogotÃ¡ D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007)

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

conformada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil -quien la preside-, Jaime Araujo RenterÃa, Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, Jaime CÃ³rdoba TriviÃ±o, Mauricio GonzÃ¡lez Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara InÃ©s Vargas HernÃ¡ndez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trÃ¡mites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acciÃ³n pÃºblica de inconstitucionalidad, el ciudadano Leonardo Enrique Carvajalino RodrÃguez, demandÃ³ los artÃculos 24, numeral 5, literal b; 29 (parcial) y 30, parÃ¡grafo, de la Ley 80 de 1993, "*Por la cual se expide el Estatuto General de ContrataciÃ³n de la AdministraciÃ³n PÃºblica*".

Mediante auto del 11 de mayo de 2007, el Magistrado Ponente resolviÃ³, de una parte, rechazar la demanda en cuanto a la violaciÃ³n del derecho a la igualdad de la expresiÃ³n "*los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organizaciÃ³n, equipos, plazo, precio y la ponderaciÃ³n precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia*", contenida en el artÃculo 29, inciso 3Âº, de la Ley 80 de 1993, por cuanto existe cosa juzgada constitucional y, de otra parte, admitir la demanda de la referencia en lo demÃ¡s, ordenar la fijaciÃ³n en lista, el traslado al Procurador, comunicar el proceso al Congreso de la RepÃºblica, a la Presidencia de la RepÃºblica y al Ministerio de Justicia y del Derecho.

1. Normas demandadas

A continuaciÃ³n se transcriben los apartes impugnados:

"Ley 80 de 1993

(octubre 28)

Por la cual se expide el Estatuto General de ContrataciÃ³n de la AdministraciÃ³n PÃºblica

(…)

ArtÃculo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio

En los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia:

(…)

5Âº. En los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia:

(…)

b) Se definirÃ¡n reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confecciÃ³n de ofrecimientos de la misma Ãndole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitaciÃ³n o concurso.

(…)

ArtÃculo 29. La selecciÃ³n de contratistas serÃ¡ objetiva.

Es objetiva la selecciÃ³n en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento mÃ¡s favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideraciÃ³n factores de afecto o de interÃ©s y, en general, cualquier clase de motivaciÃ³n subjetiva.

Ofrecimiento mÃ¡s favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organizaciÃ³n, equipos, plazo, precio y la ponderaciÃ³n precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia o en el anÃ¡lisis previo a la suscripciÃ³n del contrato, si se trata de contrataciÃ³n directa, resulta ser el mÃ¡s ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sÃ³lo alguno de ellos, el mÃ¡s bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no serÃ¡ objeto de evaluaciÃ³n.

El administrador efectuarÃ¡ las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparaciÃ³n de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirÃ¡n los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilizaciÃ³n

ArtÃculo 30. De la estructura de los procedimientos de selecciÃ³n. La licitaciÃ³n o concurso se efectuarÃ¡ conforme a las siguientes reglas:

(…)

ParÃ¡grafo. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitaciÃ³n pÃºblica el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula pÃºblicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la mÃ¡s favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos tÃ©cnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selecciÃ³n se llamarÃ¡ concurso y se efectuarÃ¡ tambiÃ©n mediante invitaciÃ³n pÃºblica"

2. La demanda

SegÃºn criterio del demandante, las disposiciones acusadas violan los incisos 2Âº y 3Âº del artÃculo 13 de la ConstituciÃ³n, por las siguientes razones:

En primer lugar, la demanda precisa que, en su concepto, lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-400 de 1999 no constituye cosa juzgada constitucional porque, en esa oportunidad, esta CorporaciÃ³n declarÃ³ exequible el artÃculo 29 de la Ley 80 de 1993 en consideraciÃ³n con el cargo formulado por violaciÃ³n del primer inciso del artÃculo 13 superior, mientras que en el presente asunto se discute la inconstitucionalidad de esa norma derivada del incumplimiento del Estado de establecer acciones afirmativas en la contrataciÃ³n administrativa que beneficie a los grupos discriminados o marginados.

DespuÃ©s de precisar el concepto de acciones afirmativas y de referirse a Ã©stas como mecanismos obligatorios para que la administraciÃ³n haga efectiva la igualdad real y material en el Estado Social de Derecho, la demanda concluyÃ³ que el legislador debe aplicar esos privilegios tambiÃ©n a la contrataciÃ³n estatal, pues debe entenderse que el contrato pÃºblico es un instrumento para luchar contra la desigualdad.

De esta forma, el actor manifestÃ³ que si, como seÃ±alan las normas acusadas, sÃ³lo se selecciona al aspirante mÃ¡s favorable a la entidad pÃºblica, a la oferta que garantice la idoneidad para el cumplimiento del objeto contrato y a la persona que mayor experiencia, organizaciÃ³n, equipos y ventajas comparativas ofrezca respecto de otras ofertas del mercado, es lÃ³gico que cada vez se forma una brecha mÃ¡s grande entre quienes tienen los recursos econÃ³micos y quienes no lo tienen, por lo que la ley "*no otorga la posibilidad de insertar clÃ¡usulas de acciÃ³n afirmativa en los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia, (lo cual se deberÃa hacer con el fin de lograr una igualdad real y material entre los diferentes proponentes), por lo que la norma es inconstitucional*"

En cuanto a los criterios de selecciÃ³n objetiva e igualdad de oportunidades como principios de transparencia en la contrataciÃ³n, el demandante dijo que son entendidos como "*un sinÃ³nimo de igualdad formal*", en tanto que otorga los mismos derechos a los participantes sin tener en cuenta que, mediante la contrataciÃ³n pÃºblica, el Estado puede privilegiar a quienes se encuentren en situaciÃ³n de debilidad manifiesta o en circunstancias de discriminaciÃ³n. AsÃ, el demandante considera que "*las primeras personas que deben tener posibilidades para actuar como colaboradores del Estado son las personas que se encuentran en situaciÃ³n de marginalidad o discriminaciÃ³n, ya que son precisamente ellos, los que por su situaciÃ³n no pueden acceder al ingreso, a la renta y el trabajo en el libre mercado*". Por estas razones, concluye que desconocer la posibilidad de introducir acciones afirmativas en los pliegos de condiciÃ³n o tÃ©rminos de referencia, es contrario al principio de igualdad material consagrado en la ConstituciÃ³n.

3. Intervenciones

3.1. Ministerio del Interior y de Justicia

Dentro de la oportunidad legal prevista, mediante apoderado, el Ministerio de la referencia intervino en el presente asunto para, en primer lugar, solicitar la inhibiciÃ³n de la Corte y, en segundo lugar, justificar la constitucionalidad de las normas acusadas. Las razones que sustentan sus conclusiones son, en resumen, las siguientes:

La supuesta inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas no se deriva de su texto normativo sino de la interpretaciÃ³n que de ellas hace el demandante, por el cargo por violaciÃ³n del derecho a la igualdad no debe ser tenido en cuenta. AdemÃ¡s, considera que el impedimento de aplicar acciones afirmativas en la contrataciÃ³n administrativa no puede ser tenido como un cargo de inconstitucionalidad, pues el actor se limita a realizar esa afirmaciÃ³n y olvida que, tal y como lo dijo la Corte Constitucional en sentencias C-357 de 1997 y C-776 de 2006, apartes de las cuales transcribe, el juicio de constitucionalidad implica una confrontaciÃ³n en abstracto de normas legales y constitucionales y no una mera descripciÃ³n del "*deseo o la concepciÃ³n acerca de lo que deberÃa haber establecido el legislador*". Por consiguiente, solicita que la Corte se declare inhibida para conocer el asunto, por ausencia de cargos.

No obstante lo anterior, el interviniente dice que si la Corte decide entrar a conocer de fondo el asunto de la referencia, de todas maneras debe declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, por cuanto Ã©stas lejos de violar la ConstituciÃ³n desarrollan los principios de moralidad, transparencia e igualdad de oportunidades de la administraciÃ³n pÃºblica. En efecto, a su juicio, el sistema de licitaciÃ³n pÃºblica o de libre competencia de los contratistas asegura la participaciÃ³n democrÃ¡tica de los participantes, la selecciÃ³n objetiva, sin favoritismos ni privilegios para algunos oferentes y la seriedad de quien tendrÃ¡ a su cargo el cumplimiento de los fines de la contrataciÃ³n estatal que se concretan en la defensa del interÃ©s pÃºblico.

En especial respecto de la aplicaciÃ³n del principio de igualdad en los procesos contractuales y la libertad del legislador en la configuraciÃ³n de la contrataciÃ³n estatal, el interviniente recordÃ³ algunos apartes de las sentencias C-400 de 1999 y C-949 de 2001, en las que la Corte Constitucional concluyÃ³ que la desigualdad de trato en el proceso de contrataciÃ³n no viola la ConstituciÃ³n, pues este principio constitucional "*se traduce en el derecho que tienen todas las personas a que no se consagren excepciones o privilegios que exceptÃºen a unos individuos de lo que se concede a otros en idÃ©nticas circunstancias, de donde se infiere que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos segÃºn las diferencias constitutivas de ellos*". De esta forma, el interviniente concluyÃ³ que las normas acusadas buscan conciliar la tensiÃ³n existente entre, de un lado, el deber de asegurar la igualdad de oportunidades entre los particulares para contratar con el Estado y, de otro, el deber del Estado de obtener las condiciones mÃ¡s favorables y provechosas para el interÃ©s pÃºblico.

3.2. Departamento Nacional de PlaneaciÃ³n

Mediante apoderado, el Departamento Nacional de PlaneaciÃ³n intervino oportunamente en el presente asunto para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, con base en los argumentos que se resumen asÃ:

En primer lugar, el interviniente adelantÃ³ un recorrido por la jurisprudencia de esta CorporaciÃ³n respecto del concepto y alcance de las acciones afirmativas para concluir que, esas "*conductas activas del Estado, de tipo diferencial no discriminatorio, que propenden por la igualdad material entre los asociados*", permean todas las actuaciones del Estado y resultan ajustadas a la ConstituciÃ³n si se cumplen 3 requisitos: i) la concurrencia efectiva de practicas discriminatorias, ii) si la diferencia de trato establecida con la acciÃ³n afirmativa es razonable y proporcional y, iii) que sea temporal.

De otra parte, el interviniente recordÃ³ que si bien es cierto la sentencia T-724 de 2003 dijo que la Ley 80 de 1993 no contiene ningÃºn desarrollo del artÃculo 13 de la Carta en relaciÃ³n con la consagraciÃ³n de acciones afirmativas en la contrataciÃ³n estatal, no lo es menos que esa afirmaciÃ³n no conduce necesariamente a la declaratoria de inexequibilidad de la ley, puesto que, a su juicio, esa normativa no coarta la posibilidad de adoptar acciones afirmativas. En efecto, segÃºn criterio del interviniente, el hecho de que la ley no se refiera en forma concreta a las acciones afirmativas en la contrataciÃ³n pÃºblica no significa que estuvieren prohibidas o que se impidan, pues simplemente su aplicaciÃ³n prÃ¡ctica estarÃa condicionada al cumplimiento de los requisitos seÃ±alados por la Corte Constitucional para consagrar una acciÃ³n afirmativa en cada caso particular.

El principio de igualdad material en el proceso de selecciÃ³n objetiva del contratista se encuentra garantizado si se interpreta la Ley 80 de 1993 en forma sistemÃ¡tica, pues la lectura aislada de las normas acusadas no se ajusta al verdadero sentido y la finalidad de esa regulaciÃ³n. AsÃ, el anÃ¡lisis integral de los artÃculos 3Âº, 23 y 287 de la Ley 80 de 1993, muestra que el legislador impone al operador jurÃdico el deber de aplicar el principio de igualdad "*en toda su extensiÃ³n*", por lo que no podrÃa declararse la inexequibilidad de unas disposiciones que, si bien no lo autorizan expresamente, tampoco prohÃben la adopciÃ³n de medidas de discriminaciÃ³n positiva a favor de grupos marginados y, por el contrario, exigen la aplicaciÃ³n del principio de igualdad en todas sus facetas. De todas maneras, dijo que en nuestra legislaciÃ³n existen ejemplos claros de aplicaciÃ³n de medidas afirmativas en la contrataciÃ³n pÃºblica, para lo cual se refiriÃ³ a los artÃculos 26, 27 y 30 de la Ley 361 de 1991, que consagran tratos preferentes a las personas con limitaciÃ³n fÃsica cuando aspiran a vincularse laboralmente o a vender productos, bienes y servicios con el Estado.

Finalmente, el interviniente resaltÃ³ la necesidad de analizar con serenidad y objetividad el tema de las acciones afirmativas en la contrataciÃ³n pÃºblica, puesto que su aplicaciÃ³n generalizada podrÃa poner en riesgo el interÃ©s y los recursos pÃºblicos, como quiera que "*el Estado debe precaver que quienes lo auxilien en la prestaciÃ³n de un servicio o en la ejecuciÃ³n de una obra, sean personas idÃ³neas, puesto que en estos aspectos el Estado, como administrador de los recursos de todos los ciudadanos, debe obrar dentro de los lineamientos que le seÃ±ale el artÃculo 209 de la ConstituciÃ³n PolÃtica*"

3.3. AlcaldÃa Mayor de BogotÃ¡

Dentro de la oportunidad legal prevista, la Directora JurÃdica del Distrito Capital intervino en el presente asunto para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Las razones que apoyan su conclusiÃ³n son, en resumen, las siguientes:

Contrario a lo sostenido por el demandante, el interviniente considera que a pesar de que no existe norma expresa existen acciones afirmativas

en la contrataciÃ³n, pues tanto las que denomina "de desempate", (aquellas que adopta una entidad como criterios de desempate entre proponentes), como las "de acceso" (medidas que se establecen para el acceso a los procesos contractuales), pueden ser incluidas en los tÃ©rminos de referencia y, en general, a lo largo del proceso de contrataciÃ³n, de ahÃ que el supuesto en que se funda el cargo es equivocado. De hecho, varias normas complementarias a la Ley 80 de 1993 consagran acciones afirmativas, tales como el artÃculo 12 de la Ley 590 de 2000 que seÃ±alÃ³ el trato favorable para que las micro, medianas y pequeÃ±as empresas accedan a la contrataciÃ³n administrativa. En igual sentido, el artÃculo 1Âº de la Ley 816 de 2003 impone obligaciones al Distrito Capital en relaciÃ³n con el apoyo de la industria nacional en los procesos de contrataciÃ³n pÃºblica y el Decreto 777 de 1992 aclara las reglas para contratar con las entidades privadas sin Ã¡nimo de lucro para impulsar programas de interÃ©s pÃºblico.

AdemÃ¡s de lo anterior, la interviniente sostiene que, en desarrollo de la autonomÃa que poseen las entidades estatales al momento de contratar a que hacen referencia los artÃculos 110 del Decreto 222 de 1996 y 24, numeral 5Âº, de la Ley 80 de 1993, las entidades pÃºblicas pueden introducir acciones afirmativas en los tÃ©rminos de referencia, pues la normatividad aplicable no lo prohÃbe. En tal virtud, el hecho de que las normas acusadas no incluyan acciones afirmativas no es suficiente razÃ³n para entender que la ley contradice el principio de igualdad, pues la aplicaciÃ³n preferente de las clÃ¡usulas del Estado Social de Derecho y de los fines esenciales del Estado imponen a las autoridades pÃºblicas el deber de hacer efectiva la igualdad de trato jurÃdico y de establecer medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

3.4. IntervenciÃ³n ciudadana

Dentro del tÃ©rmino de fijaciÃ³n en lista, la ciudadana AngÃ©lica Cristina Mora SuÃ¡rez intervino en el presente asunto para coadyuvar la demanda y solicitar la declaratoria de inexequibilidad de las normas acusadas. Los planteamientos en que se apoya se sintetizan de la siguiente manera:

La ciudadana recordÃ³ que la obligaciÃ³n del Estado de adoptar medidas afirmativas para lograr la igualdad real de todas las personas surge de los artÃculos 1Âº, 13 y 25 de la ConstituciÃ³n, segÃºn los cuales en el Estado Social de Derecho, la dignidad humana, el trabajo y la igualdad son principios fundamentales que rigen la actuaciÃ³n de las autoridades pÃºblicas. Por estas razones, en sentencia T-724 de 2003, la Corte Constitucional entendiÃ³ que el legislador debe establecer medidas de discriminaciÃ³n positiva en la contrataciÃ³n estatal, pues de esa manera se logra materializar la igualdad real y reducir las desigualdades existentes.

Ahora bien, como uno de los mecanismos de que dispone el Estado para lograr sus fines y cumplir con sus obligaciones es la contrataciÃ³n pÃºblica, es evidente que en ese escenario deben existir instrumentos de trato preferente para los grupos discriminados y marginados. AsÃ, "*los artÃculos de la ley 80 de 1993 impugnados devienen inconstitucionales toda vez que no le permiten a la administraciÃ³n incluir en las diferentes etapas del proceso contractual, elementos y acciones tendientes a estimular la participaciÃ³n de los sectores minoritarios y discriminados de la poblaciÃ³n*".

4. Concepto del Ministerio PÃºblico

El seÃ±or Procurador General de la NaciÃ³n, Edgardo JosÃ© Maya VillazÃ³n, intervino dentro de la oportunidad legal prevista, con el fin de solicitar que la Corte se declare inhibida para conocer de la demanda de la referencia, por carencia actual de objeto. En caso de que la Corte decida conocer de fondo el asunto planteado, solicitÃ³ que la Corte ordene estarse a lo decidido en la sentencia C-400 de 1999, declarando exequibles las normas acusadas. Y, de todas maneras, si la Sala considera que no existe cosa juzgada material solicita declarar exequibles las disposiciones impugnadas, Ãºnicamente por el cargo formulado. Para sustentar sus conclusiones, en resumen, el Ministerio PÃºblico dijo:

En primer lugar, la ProcuradurÃa aclarÃ³ que, al momento de proferirse la presente decisiÃ³n, el artÃculo 29 de la Ley 80 de 1993 deberÃa haberse derogado porque el proyecto de ley que lo modifica se encuentra en trÃ¡mite de sanciÃ³n. Por esa razÃ³n, la Corte debe declararse inhibida para conocer el contenido de esa disposiciÃ³n. No obstante lo anterior, dice el Procurador, si la Corte decide pronunciarse de fondo respecto de esa disposiciÃ³n, debe tener en cuenta que la sentencia C-400 de 1999 resolviÃ³ un problema de discriminaciÃ³n similar al que ahora plantea la demanda, por lo que, en aplicaciÃ³n de la tesis de la cosa juzgada material, la Corte deberÃ¡ estarse a lo resuelto en esa oportunidad. En efecto, en dicha sentencia, esta CorporaciÃ³n advirtiÃ³ que no se vulnera el derecho a la igualdad en tanto que la contrataciÃ³n administrativa es un mecanismo mediante el cual el Estado cumple con sus fines consistentes en la obtenciÃ³n del interÃ©s general, por lo que no debe depositarse la tarea del cumplimiento de la tarea pÃºblica de suprimir las discriminaciones existentes al contrato pÃºblico.

De otra parte, el Procurador analizÃ³ el concepto y finalidad de las acciones afirmativas para concluir que las medidas de discriminaciÃ³n positiva "*en temas econÃ³micos deben ser consagradas directamente en la ley y no como un asunto potestativo de la administraciÃ³n en cada proceso contractual, para preservar la igualdad y la seguridad jurÃdica en las actividades econÃ³micas frente a tratos discriminatorios que pudieran darse en el ejercicio de la potestad pretendida por el demandante*".

Finalmente, el Ministerio PÃºblico recordÃ³ que el estatuto contractual contempla acciones afirmativas especÃficas para apoyar a la industria nacional frente a la oferta extranjera en materia de la contrataciÃ³n pÃºblica (artÃculos 1Âº a 4Âº de la Ley 816 de 2003); o la preferencia de ofertas de origen nacional respecto de las presentadas por extranjeros (artÃculos 21, 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993); o para la promociÃ³n del desarrollo regional mediante el fomento de la participaciÃ³n, en la ejecuciÃ³n contractual en dicho nivel de contratistas y mano de obra departamental o local y de las pequeÃ±as y mediana empresas (artÃculo 12 del proyecto de ley en curso que modifica la Ley 80 de 1993). Por consiguiente, en esos casos, en los que la ley directamente define los parÃ¡metros contractuales para aplicar las acciones afirmativas, es vÃ¡lido el trato preferente en la contrataciÃ³n estatal, mÃ¡s no lo serÃa en aquellos casos en los que la ley no los seÃ±ala en forma expresa.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte

1. Conforme al artÃculo 241 ordinal 4Âº de la ConstituciÃ³n, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artÃculos 24, numeral 5, literal b; 29 (parcial) y 30, parÃ¡grafo, de la Ley 80 de 1993, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de disposiciones que hacen parte de una ley.

Problemas jurÃdicos

2. El actor considera que las normas acusadas violan los incisos segundo y tercero del artÃculo 13 de la Carta porque al consagrar criterios de selecciÃ³n objetiva del contratista basados en argumentos de mejor propuesta, mayor rentabilidad econÃ³mica o mayor solidez de la empresa, discriminan a los grupos marginados o desprotegidos que no pueden competir, bajo ninguna circunstancia, con las personas que resultan mejor calificadas para ser contratistas con el Estado. A su juicio, al no seÃ±alar medidas de acciÃ³n afirmativa precisa, los artÃculos demandados impiden que las autoridades otorguen tratos preferentes a los grupos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que deben ser especialmente protegidos por el Estado.

A su turno, los intervinientes y el Ministerio PÃºblico coinciden en afirmar que las normas acusadas se ajustan a la ConstituciÃ³n, como quiera que el hecho de que la ley no seÃ±ale en forma expresa la consagraciÃ³n de medidas de acciÃ³n afirmativa no significa que se encuentren prohibidas en el ordenamiento jurÃdico, simplemente se limitan a seÃ±alar criterios objetivos para la selecciÃ³n transparente de los contratistas con el Estado. Adicionalmente, el Ministerio PÃºblico sostiene que, en primer lugar, la Sala debe analizar si se presenta derogatoria expresa de las normas acusadas porque existe un proyecto de ley que, al momento de presentar su concepto, se encontraba en trÃ¡mite de sanciÃ³n presidencial, que modificaba las normas acusadas, puesto que, en caso de que el cuestionamiento sea acertado, la Corte deberÃa declararse inhibida para conocer el asunto de fondo por carencia actual de objeto. De igual forma, la ProcuradurÃa dijo que, el cargo de violaciÃ³n del principio de igualdad contra el artÃculo 29 de la Ley 80 de 1993, debe desecharse porque, mediante sentencia C-400 de 1999, la Corte Constitucional ya resolviÃ³ un problema jurÃdico bastante similar al que ahora nuevamente ocupa la atenciÃ³n de esta Sala. Por esta razÃ³n, solicita que la Corte se este a lo resuelto en la citada providencia.

3. En consecuencia, corresponde a la Sala resolver si la selecciÃ³n objetiva de contratistas del Estado, teniendo en cuenta como factores y reglas de escogencia las ventajas y privilegios econÃ³micos y financieros a que hacen referencia las normas acusadas, viola el principio a la igualdad, porque no le permiten a la administraciÃ³n adoptar medidas de acciÃ³n afirmativa a favor de los grupos marginados o discriminados de la sociedad. No obstante, en razÃ³n a que existen argumentos dirigidos a cuestionar la improcedencia del examen de fondo de las normas acusadas, en primer lugar, la Corte debe analizar si existe carencia actual de objeto por derogatoria expresa de las normas acusadas. En caso de ser negativa la respuesta al anterior cuestionamiento, en segundo lugar, la Sala deberÃ¡ estudiar si existe cosa juzgada en relaciÃ³n con el artÃculo 29 de la Ley 80 de 1993, para que si eso no es acertado, se entre a resolver el problema jurÃdico de fondo planteado en la demanda.

La producciÃ³n de efectos jurÃdicos de las normas acusadas autoriza su anÃ¡lisis de fondo

4. La jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo invariablemente[1] que para que una demanda de inconstitucionalidad pueda ser analizada es necesario que, ademÃ¡s de cumplir con los requisitos de procedencia formal seÃ±alados en el artÃculo 2Âº del Decreto 2067 de 1991, se dirija a discutir la constitucionalidad de una disposiciÃ³n que existe en el ordenamiento jurÃdico y que se encuentra produciendo efectos jurÃdicos en el momento en que se profiere la sentencia. Entonces, esta CorporaciÃ³n sÃ³lo puede pronunciarse respecto de la constitucionalidad de una disposiciÃ³n si Ã©sta produce efectos jurÃdicos, pues la naturaleza misma del control de constitucionalidad abstracto supone la comparaciÃ³n entre dos disposiciones con eficacia normativa para que, en caso de que la ley resulte disconforme con la ConstituciÃ³n, sea retirada del ordenamiento jurÃdico con efecto inmediato, definitivo y *erga omnes*.

En tal virtud, si en ejercicio de su libertad de configuraciÃ³n normativa el legislador ha decidido retirar del sistema jurÃdico la disposiciÃ³n cuya validez se demanda, no tiene sentido que la Corte Constitucional emita pronunciamiento porque ya no existe objeto jurÃdico sobre el cual deba decidir. De este modo, en caso de duda sobre la vigencia de la norma acusada, lo primero que la Corte debe determinar es si aquella esta produciendo efectos jurÃdicos, pues en caso de que esa cuestiÃ³n sea afirmativa la Corte debe declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo.

5. En esta oportunidad se impugnan los artÃculos 24, numeral 5Âº, literal b; 29 (parcial) y 30, parÃ¡grafo, de la Ley 80 de 1993.

En cuanto al numeral 5Âº, literal b, del artÃculo 24 de la Ley 80 de 1993, se tiene que el artÃculo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogÃ³ de manera expresa el vocablo "*concurso*" contenido en la parte final de esa disposiciÃ³n, pero el resto de la norma se mantuvo idÃ©ntica. A su turno, el artÃculo 29 de esa misma ley, fue derogado expresamente y en su integridad por el artÃculo 32 de la Ley 1150 de 2007. Y, en el parÃ¡grafo del artÃculo 30 del Estatuto de la ContrataciÃ³n Administrativa, fueron expresamente derogadas las expresiones "*Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos tÃ©cnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selecciÃ³n se llamarÃ¡ concurso y se efectuarÃ¡ tambiÃ©n mediante invitaciÃ³n pÃºblica*", tambiÃ©n por disposiciÃ³n del artÃculo 32 de la Ley 1150 de 2007.

6. No obstante lo anterior, el artÃculo 33 de la Ley 1150 de 2007 seÃ±ala que esa ley, salvo su artÃculo 6Âº, empieza a regir 6 meses despuÃ©s de su publicaciÃ³n, la cual se realizÃ³ en el Diario Oficial nÃºmero 46.691 de 16 de julio de 2007. Luego, es evidente que las reformas introducidas al Estatuto de la ContrataciÃ³n Estatal solamente entrarÃ¡n a regir el 16 de enero de 2008, por lo que a la fecha de esta sentencia aÃºn se encuentran vigentes.

AsÃ las cosas, la Corte concluye que debe conocer de fondo la demanda de la referencia porque en el momento en que se profiere este fallo, las normas acusadas se encuentran produciendo efectos jurÃdicos.

Diferencia en el caso objeto de anÃ¡lisis entre la cosa juzgada material y la reiteraciÃ³n de jurisprudencia constitucional

7. El Procurador sostiene que la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-400 de 1999, por cuanto en esa oportunidad resolviÃ³ "*un problema de desigualdad por discriminaciÃ³n similar al planteado en la presente demanda*". Por lo tanto, la Sala procede a analizar ese planteamiento.

Tal y como se deduce fÃ¡cilmente de lo preceptuado en el artÃculo 243 de la ConstituciÃ³n, la cosa juzgada constitucional se predica tanto del texto normativo formal que ha sido objeto de pronunciamiento de fondo por parte de esta CorporaciÃ³n, como de su contenido normativo, todo lo cual conlleva efectos definitivos, inmutables y vinculantes que impiden reabrir el debate judicial o la nueva discusiÃ³n de constitucionalidad respecto de la norma que fue objeto de decisiÃ³n previa. En tal virtud, ni la Corte Constitucional ni ninguna otra autoridad pueden juzgar nuevamente, y por los mismos motivos, aquellas expresiones que fueron objeto de pronunciamiento definitivo de esta CorporaciÃ³n que tiene fuerza vinculante *erga omnes*, certeza y seguridad jurÃdica.

Lo anterior evidencia que la cosa juzgada constitucional ampara el contenido material de la norma analizada, pues se predica de la disposiciÃ³n normativa que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, puesto que, como lo ha advertido reiteradamente esta CorporaciÃ³n, "*la reproducciÃ³n integral de la norma, e incluso, la simple variaciÃ³n del giro gramatical o la mera inclusiÃ³n de un elemento normativo accesorio por parte de legislador, no afecta el sentido esencial de la disposiciÃ³n*". Entonces, como consecuencia de esa vinculaciÃ³n material de la sentencia de constitucionalidad, mientras se conserven los mismos supuestos econÃ³micos, sociales, polÃticos, e incluso ideolÃ³gicos y culturales de una comunidad, no resulta sostenible, a la luz de la ConstituciÃ³n, un nuevo pronunciamiento respecto de la norma cuya constitucionalidad se ha definido en el correspondiente proceso judicial.

8. Cosa distinta es el tema de la reiteraciÃ³n de jurisprudencia constitucional, segÃºn la cual, en aplicaciÃ³n de los principios de igualdad de trato jurÃdico, supremacÃa constitucional, seguridad jurÃdica y confianza legÃtima, esta CorporaciÃ³n ha seÃ±alado que los jueces tienen el deber de motivar y fundamentar las conclusiones a las que llegan al resolver los asuntos concretos, teniendo en cuenta las reglas fijadas en los casos fallados y que surgen de la interpretaciÃ³n de la ConstituciÃ³n. AsÃ, a todos los jueces, incluyendo a la propia Corte Constitucional, corresponde identificar la *ratio decidendi* o aquella parte de las sentencias que constituye la razÃ³n de decisiones anteriores consolidadas y uniformes, para justificar la decisiÃ³n; de tal forma que puede reproducir los argumentos precedentes y, reitera jurisprudencia, o justifica con argumentos serios, claros y suficientes su separaciÃ³n del precedente para adoptar una decisiÃ³n distinta a la fallada con anterioridad.

Entonces, es claro que, como lo ha advertido esta CorporaciÃ³n, "*la ratio generalmente responde al problema jurÃdico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basÃ³ la Corte para abordar dicho problema jurÃdico. Esta CorporaciÃ³n ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurÃdico puede consolidarse "en una oportunidad posterior", esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos*"[2]. Por ello, "*son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidiÃ³ el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores*"[3]

9. En tal virtud, mientras la *ratio decidendi,* que "*adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio estÃ¡n sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho*"[4]*, se refiere a los motivos o fundamentos jurÃdicos con base en los cuales un juez resuelve un asunto concreto, la cosa juzgada constitucional se predica del texto normativo o del contenido jurÃdico que ha sido objeto de anÃ¡lisis por parte de la Corte Constitucional. Luego, a pesar de que el juez se encuentra vinculado tanto por el precedente jurisprudencial como por la cosa juzgada constitucional, lo cierto es que son dos conceptos distintos que resultan obligatorios en dos dimensiones diferentes. En efecto, aunque es cierto que un juez puede separarse del precedente jurisprudencial o reiterar jurisprudencia, en consideraciÃ³n con la autonomÃa judicial y la seriedad de su argumentaciÃ³n, tambiÃ©n es cierto que no puede volver a estudiar el mismo asunto definido y fallado con anterioridad porque respecto de Ã©l, el ordenamiento jurÃdico ha dispuesto la cosa juzgada constitucional como una garantÃa de inmutabilidad y definiciÃ³n pacÃfica y ÃºltIma de la controversia jurÃdica.*

En relaciÃ³n con la diferencia entre los conceptos de cosa juzgada material y reiteraciÃ³n de jurisprudencia, esta CorporaciÃ³n dijo, en anterior oportunidad, lo siguiente:

"El fenÃ³meno de la cosa juzgada material opera, asÃ, respecto de los contenidos especÃficos de una norma jurÃdica, y no respecto de la semejanza del problema jurÃdico planteado en la demanda con el ya decidido en un fallo anterior. Por eso, la Corte ha dicho que la cosa juzgada material "tiene lugar cuando la decisiÃ³n constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto, de acuerdo con el artÃculo 243 de la Carta PolÃtica". Solamente a partir de un ejercicio hermenÃ©utico se podrÃ¡ precisar cuÃ¡l fue el "contenido material" que ha sido declarado inexequible por ciertas "razones de fondo", y que sin embargo, es reproducido por un "acto jurÃdico" del legislador, a pesar de que subsisten las disposiciones constitucionales que sirvieron de referencia en el juicio previo de la Corte. AdemÃ¡s de la existencia de dos disposiciones con contenidos normativos idÃ©nticos, es importante que su significado no varÃe dado el contexto en que tales disposiciones se aplican y surten efectos[5]"

Con base en la breve explicaciÃ³n adelantada, la Sala procede a analizar si, como sostiene el Procurador, la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-400 de 1999, porque analizÃ³, respecto de otras normas acusadas, el mismo problema jurÃdico que ahora se somete a su

consideraciÃ³n.

10. Mediante sentencia C-400 de 1999, la Corte Constitucional resolviÃ³:

"Declarar EXEQUIBLES las siguientes expresiones contenidas en los artÃculos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993:

a. La expresiÃ³n "la escogencia del contratista se efectuarÃ¡ siempre a travÃ©s de licitaciÃ³n o concurso pÃºblico", contenida en el numeral 1Â° del artÃculo 24.

b. La expresiÃ³n "En las normas de selecciÃ³n y en los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia para la escogencia de contratistas", contenida en el numeral 1Â° del artÃculo 25.

c. La expresiÃ³n "relativas a los procedimientos de selecciÃ³n y escogencia de contratistas", contenida en el artÃculo 28, y

d. La expresiÃ³n "los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organizaciÃ³n, equipos, plazo, precio y la ponderaciÃ³n precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia", contenida en el inciso 3Â° del artÃculo 29"

El problema jurÃdico planteado en la demanda fue descrito en la sentencia C-400 de 1999, asÃ:

"la demanda aduce que las normas impugnadas son contrarias a la ConstituciÃ³n, en especial al principio de igualdad que ella consagra, por cuanto al determinar que en la contrataciÃ³n estatal la escogencia del contratista se debe llevar a cabo por el procedimiento de licitaciÃ³n o concurso pÃºblico, teniendo en cuenta, entre otros factores, la experiencia, organizaciÃ³n, capacidad econÃ³mica y cumplimiento del oferente, se permite un sistema de selecciÃ³n que no resulta objetivo sino subjetivo y que, por lo tanto, es contrario a la dignidad humana, pues de antemano establece que sÃ³lo unos pocos, los aptos, pueden ser objeto de escogencia, al paso que los demÃ¡s no tienen realmente esta posibilidad. La filosofÃa del registro Ãºnico de proponentes es crear los criterios objetivos y claros de calificaciÃ³n de los posibles contratistas, de modo que luego, en el proceso de licitaciÃ³n o concurso pÃºblico, lo Ãºnico que debiera calificarse es la oferta, mas no el oferente, pues al hacer esta Ãºltima calificaciÃ³n es donde se incurre en subjetivismos contrarios a la igualdad de oportunidades ante la ley que consagra la ConstituciÃ³n y a la presunciÃ³n de inocencia que igualmente es de rango superior"

Para resolver el problema jurÃdico, en primer lugar, esta CorporaciÃ³n precisÃ³ que "*la teleologÃa propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantÃa de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interÃ©s general, valor fundadante del Estado colombiano al tenor del primer artÃculo de nuestra Carta Fundamental; asÃ las cosas, desde este punto de vista, tal normatividad, contenida parcialmente en las normas demandadas, no sÃ³lo se ajusta a la ConstituciÃ³n, sino que es su natural y obvio desarrollo*". Y, especÃficamente, respecto del cargo, la sentencia declarÃ³ la exequibilidad de las normas acusadas porque concluyÃ³ que:

"la selecciÃ³n que no tuviera en cuenta tales circunstancias [la experiencia, la organizaciÃ³n, los equipos etc], no resultarÃa suficientemente garantista del interÃ©s general, y podrÃa, incluso, clasificarse de negligente. Y por otro lado ve tambiÃ©n que las circunstancias anotadas, cuando llevan a la selecciÃ³n, no la hacen subjetiva o discriminatoria, y ello por cuanto de conformidad con lo reiteradamente afirmado por la jurisprudencia constitucional, la igualdad no consiste necesariamente en dar un trato idÃ©ntico a todos los individuos. En efecto, esta Corte en muchas oportunidades ha hecho ver que un trato desigual estÃ¡ muchas veces constitucionalmente legitimado...

En el caso de la selecciÃ³n de los oferentes para la contrataciÃ³n administrativa, el trato diferente consistente en la selecciÃ³n de uno o varios y no de todos los licitantes, estÃ¡ plenamente justificado por cuanto: a) la situaciÃ³n de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantÃas de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) El trato diferente persigue un fin, cual es la consecuciÃ³n del interÃ©s general, y este principio es constitucionalmente vÃ¡lido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtenciÃ³n del fin perseguido, esto es la garantÃa de la prevalencia del interÃ©s general.

NÃ³tese que a pesar de que la sentencia precedente estudiÃ³ un problema jurÃdico similar al que ahora ocupa la atenciÃ³n de la Sala (violaciÃ³n del principio de igualdad consagrado en el artÃculo 13 superior), lo cierto es que no existe coincidencia formal ni material entre las disposiciones amparadas por la cosa juzgada constitucional y las que ahora se reprochan. En efecto, la sentencia C-400 de 1999 se pronunciÃ³ respecto del numeral 1Âº del artÃculo 24 de la Ley 80 de 1993 y en esta oportunidad se impugna el numeral 5Âº, literal b, de ese mismo artÃculo. La sentencia precedente no analizÃ³ la constitucionalidad del parÃ¡grafo del artÃculo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual se demanda en esta oportunidad. Y, en relaciÃ³n con la expresiÃ³n "*los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organizaciÃ³n, equipos, plazo, precio y la ponderaciÃ³n precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia*", contenida en el inciso 3Â° del artÃculo 29, que fue declarada exequible en la sentencia C-400 de 1999, en su momento procesal, el Magistrado Ponente rechazÃ³ la demanda por existir cosa juzgada constitucional. De ahÃ que, respecto de las demÃ¡s expresiÃ³n acusadas que estÃ¡n contenidas en ese mismo artÃculo procede el estudio de fondo porque no existe pronunciamiento de constitucionalidad por parte de esta CorporaciÃ³n.

Pero ademÃ¡s de que las normas ahora demandadas y las analizadas por la Corte en la sentencia C-400 de 1999 son formalmente distintas, tambiÃ©n lo son materialmente, pues mientras que la expresiÃ³n contenida en el artÃculo 24 del Estatuto de la ContrataciÃ³n que amparada por la cosa juzgada constitucional se refiere a la escogencia de los contratistas mediante el sistema de la licitaciÃ³n o concurso pÃºblico, en esta

oportunidad se impugnan las normas referidas a los criterios de selecciÃ³n objetiva del contratista para evitar la declaratoria de desierta del concurso. Igualmente, en relaciÃ³n con el artÃculo 29 de la Ley 80 de 1993 se tiene que, la sentencia precedente se limitÃ³ a analizar si los factores de escogencia seÃ±alados en la ley se ajustan al principio de igualdad, en esta oportunidad se formula el mismo reproche constitucional respecto de el concepto mismo de selecciÃ³n objetiva del contratista.

Con base en todo lo expuesto, la Sala concluye que, respecto de las normas cuya demanda fue admitida, esta Sala debe pronunciarse de fondo porque si bien es cierto podrÃa tratarse de un caso de reiteraciÃ³n de jurisprudencia, no existe cosa juzgada constitucional.

Finalidad de la contrataciÃ³n estatal en el Estado Social de Derecho

11. Como punto de partida del anÃ¡lisis de si los criterios de selecciÃ³n objetiva del contratista, fundamentados en el "*ofrecimiento mÃ¡s favorable a la entidad*", la "*oferta mÃ¡s favorable*" para el Estado y la propuesta "*mÃ¡s ventajosa*" para la administraciÃ³n, expresiones contenidas en las normas demandadas, son contrarios a los incisos 2Â º y 3Â º del artÃculo 13 de la ConstituciÃ³n, como lo afirma el demandante, la Corte debe averiguar cuÃ¡l es el fin de la contrataciÃ³n pÃºblica en el contexto del Estado Social de Derecho. Procede, pues la Sala a estudiar ese tÃ³pico.

Como bien lo describe la doctrina especializada, el contrato pÃºblico es uno de aquellos instrumentos jurÃdicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes pÃºblicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboraciÃ³n de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administraciÃ³n, las tareas acordadas. De hecho, la contrataciÃ³n del Estado es una de las formas de actuaciÃ³n pÃºblica de mayor utilizaciÃ³n, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidaciÃ³n del Estado moderno, pues cuando Ã©ste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervenciÃ³n y la experiencia que aportan los particulares.

12. La simple descripciÃ³n, entonces, de la contrataciÃ³n pÃºblica muestra que estÃ¡ directamente asociada al cumplimiento del interÃ©s general, lo cual, incluso, sirviÃ³ de fundamento a la dogmÃ¡tica del contrato pÃºblico para concluir que este tipo de contrataciÃ³n es distinta y autÃ³noma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. AsÃ, la construcciÃ³n de la teorÃa jurÃdica *ius publicista* para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomÃa respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos pÃºblico y privado. Mientras en el contrato pÃºblico el fin principal y primordial es la defensa del interÃ©s general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreciÃ³n de los intereses particulares de los contratantes.

A partir de la teorÃa denominada "*de la sustantividad del contrato administrativo*"[6], segÃºn la cual es indispensable un rÃ©gimen jurÃdico propio para los contratos pÃºblicos, dadas las peculiaridades y la especialidad de ese negocio jurÃdico, la posiciÃ³n mayoritaria adoptada por las legislaciones y la doctrina administrativista es clara en sostener que la finalidad pÃºblica del contrato estatal es el factor primordial y decisivo a la hora de definir la naturaleza de la negociaciÃ³n con particulares. De igual forma, el aporte de la *teorÃa de los servicios pÃºblicos*[7] *para el derecho administrativo contemporÃ¡neo puso en el punto crucial la individualidad del contrato estatal porque se considerÃ³ indispensable encontrar un rÃ©gimen jurÃdico que soporte el interÃ©s pÃºblico como fundamento esencial del acuerdo de voluntades con los particulares y no Ãºnicamente el interÃ©s particular que representa la negociaciÃ³n privada, por lo que el contratista no sÃ³lo se vincularÃa al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, sino y, en especial, a la concreciÃ³n del interÃ©s general que representa la continuidad y eficiencia en la prestaciÃ³n de los servicios pÃºblicos, asunto que se impone al contratista, con los poderes especiales y exorbitantes del Estado, de tal forma que el particular queda vinculado al cumplimiento de los fines del Estado.*

AsÃ pues, la singularidad del contrato pÃºblico se explica por el hecho de que, a diferencia de la contrataciÃ³n entre particulares, existe una evidente desigualdad entre las partes, en la medida en que el Estado representa el interÃ©s general y la otra exhibe el interÃ©s propio que debe ceder respecto de la finalidad social que representa la realizaciÃ³n de la tarea contratada. De esta forma, como advertÃa RiverÃ³ "*el Ãºnico propÃ³sito que debe mover a la administraciÃ³n en cualquier actuaciÃ³n es el de satisfacer el interÃ©s pÃºblico*", para lo cual el Estado "*pone en marcha un cierto nÃºmero de prerrogativas vinculadas a la primacÃa del interÃ©s general del cual tiene la guarda*"[8]. Igualmente, en anterior oportunidad, la Corte dijo:

"El interÃ©s pÃºblico implÃcito en la contrataciÃ³n estatal, afecta de tal manera este instituto jurÃdico, que determina la especial posiciÃ³n de las partes contratantes y la relaciÃ³n entre ellas. Esta relaciÃ³n no se desenvuelve dentro de los mismos parÃ¡metros de igualdad en que lo hace la contrataciÃ³n entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posiciÃ³n estatal. La autorizaciÃ³n de clÃ¡usulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminaciÃ³n o modificaciÃ³n e interpretaciÃ³n unilaterales por parte de la AdministraciÃ³n, son un claro ejemplo de esta situaciÃ³n. La ley dota a la AdministraciÃ³n de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que estÃ¡n presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interÃ©s general"[9].

En este orden de ideas, la defensa del principio del interÃ©s general no sÃ³lo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contrataciÃ³n administrativa, pues sÃ³lo es vÃ¡lido y admisible jurÃdicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecuciÃ³n del mismo que se inspiran o tienen como propÃ³sito el cumplimiento o la satisfacciÃ³n de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interÃ©s pÃºblico se consolida como el sustento mÃ¡s importante y la justificaciÃ³n de la contrataciÃ³n administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseÃ±aron. Por ejemplo, la celebraciÃ³n del contrato con abuso o desviaciÃ³n de poder es una causal de nulidad absoluta del negocio jurÃdico pÃºblico (artÃculo 44.3 de la Ley 80 de 1993) y la celebraciÃ³n del mismo en provecho particular, ya sea propio o de terceros,

puede tipificar la conducta penalmente reprochable de indebida celebraciÃ³n de contratos (artÃculo 409 del CÃ³digo Penal).

Luego, es evidente que la diferencia entre el contratante pÃºblico y el privado no se presenta a partir de la expresiÃ³n de la voluntad de las partes sino en el interÃ©s que persigue cada una de las voluntades, puesto que el contratista persigue la satisfacciÃ³n de su propio interÃ©s y la administraciÃ³n la satisfacciÃ³n del interÃ©s pÃºblico o general; de ahÃ que resulta acorde con la naturaleza misma del contrato pÃºblico que el legislador exija como criterio de selecciÃ³n del contratista la mejor propuesta, el ofrecimiento mÃ¡s ventajoso y la propuesta que resulta mÃ¡s acorde al interÃ©s general. De hecho, al respecto esta CorporaciÃ³n ya habÃa seÃ±alado que:

"Para garantizar la defensa del interÃ©s pÃºblico con la transparencia y moralidad en la contrataciÃ³n administrativa, la ley impone la selecciÃ³n objetiva de los contratistas privados, con la cual se pretende proteger la igualdad de oportunidades entre los particulares y la obtenciÃ³n de la administraciÃ³n de las condiciones mÃ¡s ventajosas para el interÃ©s pÃºblico. La selecciÃ³n del contratista fundada en criterios de favorabilidad para la administraciÃ³n busca conciliar, de un lado, el deber de los servidores pÃºblicos de actuar de acuerdo con el interÃ©s general, de manera transparente y moral y, de otro, el deber de garantizar a los contratistas igualdad de oportunidades para acceder a la administraciÃ³n pÃºblica"[10].

13. No obstante lo anterior, como bien lo advierte la doctrina especializada[11], el hecho de que el contrato estatal tenga como finalidad la defensa del interÃ©s general no significa que resulte ajeno a Ã©l o prohibido constitucionalmente que se diseÃ±en formas jurÃdicas para defender intereses concretos. De hecho, a pesar de que es cierto que la generalidad de los contratos administrativos se realiza para satisfacer intereses difusos o colectivos y no para satisfacer el interÃ©s privado (concesiÃ³n, obra pÃºblica, encargos fiduciarios), tambiÃ©n lo es que excepcionalmente puede contratarse para hacer efectivos intereses privados (concesiÃ³n de uso de dominio pÃºblico) o para concretar beneficios grupales como parte del deber del Estado de salvaguardar los intereses de los sujetos de especial protecciÃ³n superior. Esos casos excepcionales no le quitan el carÃ¡cter de derecho pÃºblico ni desnaturaliza el interÃ©s que subyace al contrato estatal.

En efecto, si como se dijo en precedencia el contrato pÃºblico pretende la efectividad del interÃ©s general que representa el cumplimiento de los fines del Estado, es imposible olvidar que, al tenor de lo dispuesto en el PreÃ¡mbulo de la Carta, es un fin del Estado asegurar a los integrantes el trabajo, la igualdad, la vigencia del orden econÃ³mico y social justo. De igual manera, los artÃculos 1Âº y 2Âº superiores dejan en claro que la materializaciÃ³n de las funciones del Estado deben dirigirse a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la ConstituciÃ³n, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artÃculo 5Âº de la Carta, el Estado reconoce la primacÃa de los derechos inalienables de la persona. De esta forma, la filosofÃa humanista de la ConstituciÃ³n que concibe al Estado como un mecanismo para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, se desarrolla en el artÃculo 3Âº de la Ley 80 de 1003, que seÃ±ala como fines de la contrataciÃ³n pÃºblica: "*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestaciÃ³n de los servicios pÃºblicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecuciÃ³n de dichos fines*"

En consecuencia, es vÃ¡lido afirmar que una forma de concretar el interÃ©s general que debe regir la contrataciÃ³n administrativa puede dirigirse a hacer efectivos los derechos de un grupo preciso de personas que requiere de la especial atenciÃ³n del Estado. Dicho de otro modo, es vÃ¡lido constitucionalmente, porque hace parte del interÃ©s general, que se diseÃ±en medidas en la contrataciÃ³n administrativa dirigidas a proteger de manera especÃfica a un grupo determinado de la poblaciÃ³n que puede acceder al Estado en igualdad de condiciones y oportunidades respecto del mismo grupo, en tanto que esa decisiÃ³n puede constituir una forma de consolidar los fines del Estado y el cumplimiento de las tareas a Ã©l asignadas. De ahÃ que pueda afirmarse con claridad que constituye un objetivo de la contrataciÃ³n administrativa en el Estado Social de Derecho la satisfacciÃ³n de las finalidades pÃºblicas y el logro de los objetivos sociales, asÃ estos se dirijan a un grupo individual de personas, que corresponde concretar al legislador.

14. Concluido, entonces, que en la bÃºsqueda de la materializaciÃ³n del interÃ©s general en la contrataciÃ³n administrativa, que representa el cumplimiento de las obligaciones y deberes a cargo del Estado, el legislador puede destinar su atenciÃ³n a la efectividad de los derechos individuales de algunos grupos sociales, la Sala ahora analizarÃ¡ si desde la perspectiva constitucional el legislador estÃ¡ obligado a adoptar medidas de discriminaciÃ³n positiva en la contrataciÃ³n estatal.

Acciones afirmativas en la contrataciÃ³n estatal

15. El cambio de concepciÃ³n de la igualdad formal a la igualdad material, propio del Estado Social de Derecho, segÃºn el cual las autoridades pÃºblicas no sÃ³lo protege el derecho mediante la abstenciÃ³n sino tambiÃ©n y, en algunas oportunidades en forma obligatoria, mediante la intervenciÃ³n activa en esferas especÃficas, generÃ³ decisiones pÃºblicas proteccionistas de grupos de personas que han sido tradicionalmente marginados o discriminados por razones diversas. En tal virtud, la aplicaciÃ³n efectiva y real del principio de igualdad en el constitucionalismo contemporÃ¡neo exige del Estado su intervenciÃ³n, de un lado, para evitar que los agentes pÃºblicos y los particulares discriminen y, de otro, para hacer exigibles tratos favorables en beneficio de personas que se encuentran en situaciÃ³n de debilidad manifiesta (artÃculo 13 de la ConstituciÃ³n).

Precisamente, en desarrollo del concepto de igualdad material y del reconocimiento que el derecho hace de la existencia de desigualdades naturales, sociales y econÃ³micas, los distintos ordenamientos jurÃdicos diseÃ±aron medidas estatales para limitar la libertad de decisiÃ³n pÃºblica y privada y hacer exigible el trato favorable para quienes se encuentran en situaciÃ³n de discriminaciÃ³n. AsÃ, como respuesta jurÃdica a una situaciÃ³n fÃ¡ctica consolidada de discriminaciÃ³n que obedece a una prÃ¡ctica social, cultural o econÃ³mica de un grupo, se diseÃ±aron las denominadas acciones afirmativas.

16. En efecto, las denominadas medidas de discriminaciÃ³n inversa en Estados Unidos, o acciÃ³n positiva o de discriminaciÃ³n positiva en Europa, surgen en la normativa y jurisprudencia norteamericana, quienes a principios del siglo XX diseÃ±aron fÃ³rmulas para combatir la marginaciÃ³n social y econÃ³mica de los negros, otorgando medidas de protecciÃ³n en el empleo y la educaciÃ³n a su favor, pues reconoce que ese grupo ha sido tradicionalmente discriminado en ese paÃs. AsÃ, en desarrollo de las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta de la ConstituciÃ³n de 1776 y, principalmente, de la denominada ClÃ¡usula de Igual ProtecciÃ³n (*equal protetion clause*), se introdujeron medidas que consagran tratos diferenciales para favorecer a la poblaciÃ³n negra de ese paÃs, las cuales constituyen fuentes primarias de las acciones afirmativas. Por primera vez en la historia, el Presidente Franklin D. Roosevelt profiriÃ³ la Directiva Presidencial 8802 que prohibiÃ³ la prÃ¡ctica social que establecÃa lÃmites al trabajo de los negros en zonas determinadas. Posteriormente, el Presidente John F. Kennedy, expidiÃ³ la Directiva Presidencial 10925 para crear el ComitÃ© Presidencial para la igualdad de oportunidades en el empleo y exigiÃ³ incluir en los contratos de entidades federales una clÃ¡usula que prohÃba la discriminaciÃ³n por raza, credo u origen nacional, pues corresponderÃa al contratista "emprender una acciÃ³n afirmativa". El mismo tÃ©rmino y el mismo contenido fue reiterado por la Directiva Presidencial nÃºmero 4 del Presidente Richard Nixon, al crear programas de acciones afirmativas a favor de los negros discriminados en el acceso al trabajo y a la educaciÃ³n. Posteriormente, en el aÃ±o 1978, la Suprema Corte Federal al resolver el caso *Regent of University of California vs Bakke*, dijo que los criterios raciales para establecer tratos diferentes para el acceso a las universidades no violan la ConstituciÃ³n, siempre y cuando se dirijan a privilegiar a grupos marginados sin que se determinen cuotas fijas e inamovibles.

De esta forma, es claro que las acciones afirmativas en el derecho norteamericano surgen como medidas diferenciadoras para privilegiar grupos tradicionalmente discriminados, principalmente por razones de raza, lo cual se extendiÃ³ posteriormente para la protecciÃ³n de la mujer y de los discapacitados.

17. Posteriormente, en Europa se adopta el modelo de intervenciÃ³n directa del Estado mediante la consagraciÃ³n de medidas de trato diferente para favorecer, principalmente, los derechos de la mujer, como grupo tradicionalmente discriminado en esas sociedades. AsÃ, por ejemplo, en los aÃ±os 1960 a 1970, el Reino Unido adopta las medidas de protecciÃ³n favorable para el acceso de la mujer al empleo denominadas "*positive action*". Por su parte, el artÃculo 117 del Tratado de Roma de 1957, seÃ±alÃ³ "*la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparaciÃ³n por vÃa de progreso*." Y, en relaciÃ³n a la igualdad de retribuciones, el artÃculo 119 de ese mismo estatuto dispuso que "*Cada Estado miembro garantizarÃ¡ durante la primera etapa, y mantendrÃ¡ despuÃ©s, la aplicaciÃ³n del principio de igualdad de retribuciÃ³n entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*.". Y, el artÃculo 4Â º de la ConvenciÃ³n Europea del 18 de diciembre de 1979, preceptuÃ³:

"1. La adopciÃ³n por los Estados Partes de medidas especiales de carÃ¡cter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerarÃ¡ discriminaciÃ³n en la forma definida en la presente convenciÃ³n, pero en ningÃºn modo entraÃ±arÃ¡, consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarÃ¡n cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato"

En desarrollo de esas disposiciones, el Consejo de las Comunidades Europeas expidiÃ³ numerosas directivas y resoluciones dirigidas a promover entre los Estados Miembros la adopciÃ³n de medidas positivas para favorecer los derechos de la mujer en el acceso al empleo y a la educaciÃ³n. Dio inicio a la formulaciÃ³n de recomendaciones al respecto la Directiva 79/7 del 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicaciÃ³n progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, por medio de la cual seÃ±alÃ³ que "*considerando que la aplicaciÃ³n del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social no se opone a las disposiciones relativas a la protecciÃ³n de la mujer por causa de maternidad y que, dentro de este Ã¡mbito, los Estados miembros podrÃ¡n adoptar disposiciones especÃficas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho*". Con posterioridad, la Directiva 19/7 del 19 de diciembre de 1978 del Consejo de Comunidades Europeas seÃ±alÃ³ que "*el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protecciÃ³n de la mujer en razÃ³n de su maternidad*" (artÃculo 4.1) y que pueden adoptarse medidas de trato favorable en los siguientes temas:

a) la fijaciÃ³n de la edad de jubilaciÃ³n para la concesiÃ³n de las pensiones de vejez y de jubilaciÃ³n , y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones ; b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos ; la adquisiciÃ³n del derecho a las prestaciones despuÃ©s de perÃodos de interrupciÃ³n de empleo debidos a la educaciÃ³n de los hijos ; c) la concesiÃ³n de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razÃ³n de los derechos derivados de la esposa ; d) la concesiÃ³n de aumentos de las prestaciones de larga duraciÃ³n de invalidez , de vejez , de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo ; e) las consecuencias que resultaren del ejercicio , antes de la adopciÃ³n de la presente Directiva , de un derecho de opciÃ³n con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un rÃ©gimen legal (artÃculo 7.1).

A su turno, en la Directiva 76/207/ del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicaciÃ³n del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formaciÃ³n y a la promociÃ³n profesionales, y a las condiciones de trabajo, el Consejo de las Comunidades Europeas dispuso que esa normativa "*no obstarÃ¡ las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artÃculo 1*" [ese apartado se refiere al empleo, acceso a la promociÃ³n y formaciÃ³n profesional de la mujer] (artÃculo 2.4.)

Con la ResoluciÃ³n del 12 de julio de 1982, el Consejo invitÃ³ a los Estados miembros a aplicar las acciones dirigidas a "*garantizar una aplicaciÃ³n efectiva del derecho existente en materia de igualdad... tomar las medidas adecuadas encaminadas a fomentar una mejor participaciÃ³n de las mujeres en los empleos relacionados con la introducciÃ³n de las nuevas tecnologÃas dentro de una perspectiva de carÃ¡cter mixto y a responder a los cambios que Ã©stas ocasionan;- desarrollar e intensificar las acciones concretas en favor del empleo de las*

mujeres y, en especial, dar apoyo a las iniciativas locales y adoptar las medidas que garanticen la igualdad de acceso de las mujeres a la creaciÃ³n de empresas, en particular de cooperativas, y que protejan a la mujer que ejerce una actividad independiente, inclusive en el sector agrÃcola"

18. Con fundamento en esas regulaciones, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque habÃa abordado el anÃ¡lisis del derecho a la no discriminaciÃ³n, sÃ³lo hasta el caso Kalanke (sentencia del 17 de octubre de 1995) se refiriÃ³ a la aplicaciÃ³n de las acciones afirmativas como medidas a favor de la mujer por su consideraciÃ³n de grupo tradicionalmente discriminado. En esa ocasiÃ³n, el seÃ±or Kalanke impugnÃ³ la ley 4 de 1990, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la funciÃ³n pÃºblica que le impedÃa ascender a Jefe de la SecciÃ³n de Jardines de la ciudad de Bremen, respecto de una mujer con los mismos mÃ©ritos, pues el legislador habÃa seÃ±alado que "*al efectuar la selecciÃ³n, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formaciÃ³n, se concederÃ¡ preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitaciÃ³n si, en el sector de que se trata, estÃ¡n infrarrepresentadas*". El Tribunal concluyÃ³ que esa regla se ajustaba a lo dispuesto en las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas porque "*es un supuesto de igualaciÃ³n en resultados*".

En este mismo sentido, los Tribunales Constitucionales Europeos han reconocido la importancia de las medidas estatales que diseÃ±an polÃticas favorables o preferenciales de acceso a recursos o servicios escasos para un determinado grupo social, Ã©tnico, minoritario o que histÃ³ricamente han sido discriminados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional EspaÃ±ol avalÃ³ la constitucionalidad de medidas de discriminaciÃ³n positiva, entre otras, en las sentencias 81 del 21 de diciembre de 1982, 99 del 15 de noviembre de 1983, 10 del 28 de enero de 1985 y 128 del 16 de julio de 1987. En esta Ãºltima providencia, el Tribunal analizÃ³ si la prestaciÃ³n econÃ³mica otorgada a las mujeres trabajadoras con hijos menores de seis aÃ±os vulneraba la ConstituciÃ³n espaÃ±ola porque discriminaba a los varones que estando en las mismas circunstancias no podÃan beneficiarse de la prestaciÃ³n. Esa CorporaciÃ³n concluyÃ³ que:

6. La situaciÃ³n de discriminaciÃ³n en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas en el orden laboral, que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora. Pero en este campo ha de llevarse a cabo, forzosamente, una distinciÃ³n. Un conjunto, posiblemente el mÃ¡s amplio, de medidas se han adoptado desde una perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posiciÃ³n de relegaciÃ³n en el mundo laboral. Partiendo de presupuestos de inferioridad fÃsica, o de una mayor vocaciÃ³n (u obligaciÃ³n) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el Ã¡mbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de Ãndole protectora, perpetÃºan y reproducen, en la prÃ¡ctica, la posiciÃ³n de inferioridad social de la poblaciÃ³n femenina...

las medidas protectoras de aquellas categorÃas de trabajadoras que estÃ©n sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en Ã©l (en comparaciÃ³n con las correspondientes categorÃas de trabajadores masculinos, o con la poblaciÃ³n trabajadora en general) no podrÃan considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminaciÃ³n existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto; asÃ el art. 4.1 de la ConvenciÃ³n de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminaciÃ³n de todas las formas de discriminaciÃ³n contra la mujer, establece que Â«la adopciÃ³n por los Estados partes de medidas especiales, de carÃ¡cter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, no se considerarÃ¡ discriminaciÃ³n en la forma definida en la presente ConvenciÃ³n, pero de ningÃºn modo entraÃ±arÃ¡, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarÃ¡n cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y tratoÂ») sÃ³lo vendrÃ¡ justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sÃ³lo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisiÃ³n periÃ³dica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la prÃ¡ctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrÃ¡ constitucionalmente justificada".

19. La Corte Constitucional Colombiana, en mÃºltiples oportunidades, ha sostenido que la interpretaciÃ³n sistemÃ¡tica de la ConstituciÃ³n de 1991 permite concluir que las autoridades pÃºblicas pueden adoptar medidas para favorecer a un grupo de personas que se encuentran en situaciÃ³n de debilidad producida por desigualdades culturales, histÃ³ricas, sociales o econÃ³micas[12]. AsÃ, en sentencia precedente dijo que estas medidas son "*instrumentos diferenciales diseÃ±ados para asegurar la satisfacciÃ³n de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez*"[13].

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas medidas parten de dos supuestos constitucionales: El primero, de la clÃ¡usula social del Estado de Derecho que exige a todas las autoridades garantizar la efectividad de los derechos y deberes de las personas, por lo que resulta obvio que en aquellos casos en los que existen desigualdades natural, social, econÃ³mica o cultural que no pueden ser superadas por el titular del derecho, corresponde al Estado intervenir para asegurar la eficacia del mismo[14]. El segundo, de la concepciÃ³n sustancial de la igualdad, segÃºn la cual este derecho no sÃ³lo se hace efectivo mediante el reconocimiento de privilegios o la imposiciÃ³n de cargas en igualdad de condiciones para todos los administrados, sino tambiÃ©n con la consagraciÃ³n de medidas que, primero reconocen la diferencia, y posteriormente buscan equiparar, compensar, remediar o corregir situaciones para que la igualdad entre las personas sea real (artÃculo 13 de la Carta). De esta forma, las acciones afirmativas como gÃ©nero y las medidas de discriminaciÃ³n positiva o inversa como especie, estÃ¡n dirigidas a remover diferencias fÃ¡cticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad mÃ¡s equitativa y justa.

20. Ahora bien, haciendo un recorrido por la jurisprudencia constitucional puede deducirse que esta CorporaciÃ³n tiene claras las caracterÃsticas generales y los requisitos para que las autoridades consagren medidas afirmativas, pues no todas ellas se ajustan a la Carta y mÃ¡s bien pueden constituir evidencias de discriminaciÃ³n que constituye un trato inconstitucional. De hecho, la Corte advirtiÃ³ que "*el que el artÃculo 13 Superior constituya el fundamento de las acciones afirmativas no significa que toda medida de esta naturaleza sea siempre constitucional, pues en tanto*

ella crea una situaciÃ³n diferencial, tambiÃ©n debe estar sujeta al test de igualdad"[15].

AsÃ, esta CorporaciÃ³n ha seÃ±alado que una medida afirmativa o de discriminaciÃ³n positiva se ajusta a la ConstituciÃ³n si se logra demostrar que: i) tiene vocaciÃ³n transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades[16]; ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificaciÃ³n constitucional que intenta terminar con situaciones histÃ³ricas, culturales o sociales de trato discriminatorio[17]; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley[18] o por actos administrativos[19], dependiendo de la situaciÃ³n concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios[20]; v) son diseÃ±adas para favorecer un grupo determinado de personas[21], por lo que no resultan vÃ¡lidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurÃdico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitirÃa establecer tratos arbitrarios o caprichosos[22].

21. Con base en lo anterior, la Sala analizarÃ¡ especÃficamente si prospera el argumento del demandante y, por consiguiente, si la Corte Constitucional debe declarar la inexequibilidad de los criterios de selecciÃ³n objetiva de los contratistas por ausencia de medidas de acciÃ³n afirmativa a favor de sujetos de especial protecciÃ³n constitucional.

Como se vio en precedencia, los criterios de selecciÃ³n objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la funciÃ³n pÃºblica y la eficacia y eficiencia de los recursos pÃºblicos para el cumplimiento de los fines del Estado (artÃculo 209 de la ConstituciÃ³n), por lo que es vÃ¡lido que el legislador hubiere exigido a la administraciÃ³n la evaluaciÃ³n de la propuesta mÃ¡s ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que estÃ© constitucionalmente prohibido el diseÃ±o de formas jurÃdicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protecciÃ³n constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artÃculo 13 de la ConstituciÃ³n). De hecho, se reitera que la filosofÃa humanista de la ConstituciÃ³n y la consagraciÃ³n del Estado Social de Derecho, conciben a Ã©ste como un instrumento para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, dirigido a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y a garantizar la materializaciÃ³n de los demÃ¡s fines del Estado (PreÃ¡mbulo y artÃculos 1Â º y 2Â º de la Carta). De hecho, esa concepciÃ³n humanista de la ConstituciÃ³n se ve reflejada en el artÃculo 3Â º de la Ley 80 de 1993, al seÃ±alar como fines de la contrataciÃ³n pÃºblica; "*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestaciÃ³n de los servicios pÃºblicos y al efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecuciÃ³n de dichos fines*".

De hecho, en cuanto a la viabilidad y exigibilidad de las acciones afirmativas en la contrataciÃ³n administrativa, la Sala Primera de RevisiÃ³n de la Corte concediÃ³ la tutela interpuesta por algunos integrantes de la AsociaciÃ³n de Recicladores de BogotÃ¡ contra la Unidad Ejecutiva de Servicios PÃºblicos del Distrito Capital de BogotÃ¡, porque al adelantar el proceso de selecciÃ³n de contratistas para ejecutar un contrato para la "recolecciÃ³n de material recuperable" no tuvo en cuenta las condiciones de debilidad en que ellos se encuentran, reprochÃ¡ndose la ausencia de medidas a favor de grupos marginados o discriminados. Los actores dijeron que a pesar de que en el Pliego de Condiciones se exigiÃ³ que los proponentes que resulten seleccionados debÃan tener en cuenta que el 15% de los operarios que se requieran para la realizaciÃ³n de la actividad de corte de cÃ©sped, debÃan ser seleccionado con personas en situaciÃ³n de desplazamiento y recicladores, esta medida no reporta ninguna protecciÃ³n eficaz de la actividad de reciclaje que vienen desempeÃ±ando los recicladotes. La sentencia T-724 de 2003, "*exhortÃ³ al Concejo de BogotÃ¡ en lo que respecta a su territorio, para que incluya acciones afirmativas en el proceso de contrataciÃ³n administrativa, a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminaciÃ³n requieran de una especial protecciÃ³n por parte del Estado, puesto que la Ley 80 de 1993, no contiene ningÃºn desarrollo del artÃculo 13 de la ConstituciÃ³n, en el sentido de que las autoridades pÃºblicas en los procesos de contrataciÃ³n administrativa adopten medidas afirmativas a favor de tales grupos, lo que redunda en su perjuicio, pues, como sucediÃ³, en este caso, las autoridades se limitan a dar cumplimiento a los preceptuado en el Actual Estatuto de la ContrataciÃ³n Administrativa, que al no consagrar medidas de esa especie, conduce a que se desconozca el mandato previsto en el segundo inciso del artÃculo 13 Superior*". Para llegar a esa conclusiÃ³n, la Sala de RevisiÃ³n dijo:

"Por acciones afirmativas se entiende todo tipo de medidas o polÃticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o econÃ³mico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representaciÃ³n, con el fin de conseguir una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminaciÃ³n o de desigualdad de oportunidades[23].

En ese orden de ideas tal como lo ha sostenido la Corte, los subsidios en los servicios pÃºblicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo econÃ³mico a pequeÃ±os productores, son acciones afirmativas.

8. Nuestro ordenamiento constitucional prevÃ© ese tipo de medidas. AsÃ, el artÃculo 13-2 de la ConstituciÃ³n PolÃtica seÃ±ala como una obligaciÃ³n del Estado[24] la de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

De manera que las diferentes autoridades del Estado estÃ¡n obligadas, cuando se encuentran en presencia de grupos en condiciones de marginalidad y discriminaciÃ³n, a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones. Pasar por alto ese mandato, no contemplando medidas afirmativas a favor de grupos que pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, significa quebrantar el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, su adopciÃ³n"[25]

22. En el caso concreto de los artÃculos 24, numeral 5, literal b, y 30, parÃ¡grafo, de la Ley 80 de 1993, la Corte encuentra que el establecimiento del deber de selecciÃ³n objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitaciÃ³n o concurso previsto para la contrataciÃ³n del Estado no configura una omisiÃ³n legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de

configuraciÃ³n, el legislador no estableciÃ³ en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no sÃ³lo no las prohÃbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selecciÃ³n y adjudicaciÃ³n de contratos estatales mediante licitaciÃ³n y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la ContrataciÃ³n hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas mÃ¡s favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contrataciÃ³n. O dicho de otro modo, la omisiÃ³n en la regulaciÃ³n de medidas de discriminaciÃ³n positiva en el estatuto de la contrataciÃ³n administrativa no puede entenderse como una prohibiciÃ³n de regulaciÃ³n. De hecho, son varios los ejemplos de acciones afirmativas en la contrataciÃ³n: ya se vio el caso del artÃculo 11 de la Ley 82 de 1993 en el que la Corte declarÃ³ la exequibilidad del privilegio otorgado a la mujer cabeza de familia en la "*contrataciÃ³n de servicios del Estado*". Igualmente, el artÃculo 9Â° de la Ley 905 de 2004, diseÃ±Ã³ una acciÃ³n afirmativa a favor de las micro, pequeÃ±as y medianas empresas, a quienes las entidades estatales "*PromoverÃ¡n e incrementarÃ¡n, conforme a su respectivo presupuesto, la participaciÃ³n de micro, pequeÃ±as y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden*" y, entre otras cosas, "*preferirÃ¡n en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales*". En esta misma lÃnea, los artÃculos 26, 27 y 30 de la Ley 361 de 1991, consagraron tratos preferentes a las personas con limitaciÃ³n fÃsica cuando aspiran a vincularse laboralmente o a vender productos, bienes y servicios con el Estado. Luego, resulta evidente que el legislador ha establecido medidas de acciÃ³n afirmativa en la contrataciÃ³n para quienes se encuentran en situaciÃ³n de debilidad producida por la discriminaciÃ³n originada en razones econÃ³micas, sociales o culturales.

23. De todas maneras, ante la ausencia de una previsiÃ³n expresa en los artÃculos 24, numeral 5, literal b, y 30, parÃ¡grafo, de la Ley 80 de 1993 a este respecto, que supondrÃa una discriminaciÃ³n en caso de interpretarse que no admite una acciÃ³n afirmativa para grupos que se encuentran en situaciÃ³n de debilidad manifiesta, la Corte considera necesario excluir la interpretaciÃ³n literal de la norma que serÃa contraria al artÃculo 13 de la ConstituciÃ³n, para seÃ±alar que los principios de transparencia, selecciÃ³n objetiva e igualdad en la contrataciÃ³n administrativa no excluyen la adopciÃ³n de medidas de acciones afirmativas en los pliegos de condiciones ni la determinaciÃ³n de medidas favorables en casos de contrataciÃ³n directa en los que existe mayor grado de discrecionalidad para seÃ±alar los criterios de selecciÃ³n del contratista. Por esta razÃ³n, la Corte declararÃ¡ la exequibilidad condicionada de las disposiciones, limitando la cosa juzgada al anÃ¡lisis del artÃculo 13 de la Carta.

III. DECISION
En mÃ©rito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la ConstituciÃ³n,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado en esta sentencia, los artÃculos 24, numeral 5, literal b, y 30, parÃ¡grafo, de la Ley 80 de 1993, "*Por la cual se expide el Estatuto General de ContrataciÃ³n de la AdministraciÃ³n PÃºblica,* en el entendido de que los principios de transparencia, selecciÃ³n objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderaciÃ³n, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.

SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE el artÃculo 29 de la Ley 80 de 1993, por el cargo analizado en esta sentencia, salvo la expresiÃ³n "*los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organizaciÃ³n, equipos, plazo, precio y la ponderaciÃ³n precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o tÃ©rminos de referencia*", contenida en el inciso 3Â°, respecto del cual se ESTÃ A LO RESUELTO en la sentencia C-400 de 1999.

CÃ³piese, notifÃquese, comunÃquese, insÃ©rtese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cÃºmplase y archÃvese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÃA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSÃ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÃRDOBA TRIVIÃO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÃLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÃS VARGAS HERNÃNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÃGINA

1 ConsÃºltese las sentencias C-1155 de 2005, C-329 de 2001 y C-1144 de 2000, entre muchas otras.

2 Sentencia T-292 de 2006.

3 Sentencia SU-047 de 1999.

4 Sentencia SU-1219 de 2001.

5 Sentencia C-1064 de 2001.

6 AriÃ±o Ortiz, Gaspar. TeorÃa del Equivalente EconÃ³mico en los Contratos Administrativos. Madrid. Instituto de Estudios Administrativos. 1968. En la pÃ¡gina 209 existe un desarrollo sobre esta teorÃa.

7 Entre los profesores que desarrollaron esta teorÃa pueden consultarse a DugÃ¼it, Gaston JezÃ© y Carlos Nino.

8 RiverÃ³, Jean. Derecho Administrativo. TraducciÃ³n de la 9Âª ediciÃ³n. Instituto de Derecho PÃºblico de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1984. PÃ¡gina 130.

9 Sentencia C-400 de 1999.

10 Sentencia C-128 de 2003

11 Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III- A. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires. PÃ¡ginas 30 y siguientes. Igualmente: Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo II. Sexta EdiciÃ³n. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1980.

12 Puede verse que la Corte Constitucional ha conocido en varias oportunidades de medidas de acciÃ³n afirmativa que ha considerado constitucionales. AsÃ, por ejemplo, se considerÃ³ ajustado a la Carta el artÃculo 3Âº de la Ley 683 de 2000 que diseÃ±Ã³ el subsidio alimentario para ancianos porque "*la situaciÃ³n en que se encuentran tales personas reclama del Estado la adopciÃ³n de medidas especiales de protecciÃ³n*". De igual manera, la Corte declarÃ³ la validez constitucional del artÃculo 3Âº de la Ley 136 de 1994 que seÃ±alÃ³ a los municipios la responsabilidad de solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educaciÃ³n, saneamiento ambiental, agua potable, servicios pÃºblicos, vivienda, recreaciÃ³n y deporte, de manera preferente para, entre otros sujetos de especial protecciÃ³n del Estado, la mujer "*en aras de terminar con la histÃ³rica discriminaciÃ³n que ha sufrido la poblaciÃ³n femenina*". AsÃ mismo, esta CorporaciÃ³n considerÃ³ ajustado a la ConstituciÃ³n el artÃculo 9Âº de la Ley 797 de 2003 que, aunque inicialmente sÃ³lo consagrÃ³ privilegios de pensiÃ³n anticipada a las madres de hijos con invalidez fÃsica o mental y la Corte los extendiÃ³ a los padres, lo entendiÃ³ como una acciÃ³n afirmativa que "*propende por el interÃ©s superior del niÃ±o y la rehabilitaciÃ³n e integraciÃ³n social en el caso de los disminuidos fÃsicos, sensoriales y psÃquicos en cualquier circunstancia*". En otra oportunidad, la Corte declarÃ³ la constitucionalidad de varias normas de la Ley 82 de 1993, que consagraron privilegios en la educaciÃ³n, el ingreso a la seguridad social, programas de capacitaciÃ³n y de vivienda de madres y padres cabeza de familia, como quiera que "*el legislador bien puede adoptar medidas de protecciÃ³n de personas que integran grupos respecto de los cuales la ConstituciÃ³n, expresamente, establece un mandato de apoyo especial, sin que ello desconozca el principio de igualdad*". En este ÃºltimO caso, vale la pena recordar que el artÃculo 11 de la Ley 82 de 1993 consagrÃ³ una medida de discriminaciÃ³n inversa a favor de la mujer cabeza de familia en la contrataciÃ³n administrativa, pues la seÃ±alÃ³ como beneficiaria preferente "*en los procesos de adquisiciÃ³n y venta de bienes estatales y de contrataciÃ³n de servicios del Estado*". Incluso, el artÃculo 12 de la Ley 1150 de 2007, que aÃºn no ha entrado a regir, tambiÃ©n consagra acciones afirmativas a favor de las pequeÃ±as y medianas empresas en la contrataciÃ³n con el Estado, al seÃ±alar que "*De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2o del artÃculo 13 y en los artÃculos 333 y 334 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, el Gobierno Nacional definirÃ¡ las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selecciÃ³n cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mÃnimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional pueda establecer cuantÃas diferentes para entidades en razÃ³n al tamaÃ±o de su presupuesto, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecuciÃ³n de los contratos, siempre que se garantice la satisfacciÃ³n de las condiciones tÃ©cnicas y econÃ³micas requeridas en la contrataciÃ³n y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interÃ©s del nÃºmero plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento*

por el Gobierno Nacional. En todo caso la selecciÃ³n se harÃ¡ de acuerdo con las modalidades de selecciÃ³n a que se refiere la presente ley".

13 Sentencia T-500 de 2002. Reiterada en la sentencia C-1036 de 2003.

14 Sentencias C-667 de 2006, SU-388 y SU-389 de 2005, entre otras.

15 Sentencia C-1036 de 2003

16 Sentencias C-667 de 2006, C-371 de 2000 y C-112 de 2000

17 Sentencias C-622 de 1997, C-112 de 2000, T-610 de 2002, C-410 de 1994, entre muchas otras

18 En sentencia SU-388 de 2005, la Corte manifestÃ³ que "*para el diseÃ±o e implementaciÃ³n concreta de las acciones afirmativas el primer llamado a intervenir es el Legislador, en tanto Ã³rgano de deliberaciÃ³n polÃtica y escenario democrÃ¡tico del mÃ¡s alto nivel y cuya actividad, mÃ¡s que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mÃnimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la Ã³ptica de la igualdad de oportunidades*". La ssentencia C-184 de 2003 dijo que "*Las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos*". La sentencia C-667 de 2006 manifestÃ³ que las *acciones afirmativas* fueron expresamente permitidas en la Carta "*para que el legislador adopte medidas en pro de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos... Dichas medidas se concretan en la facultad con la que cuenta el legislador para apelar a la raza, al sexo –categorÃas en principio sospechosas como criterio de discriminaciÃ³n-, con el fin de aminorar el efecto nocivo de las prÃ¡cticas sociales*" (subrayas no originales).

19 En sentencia C-112 de 2000, la Corte se refiriÃ³ a las acciones afirmativas como medidas a cargo de todas las autoridades. En sentencia T-602 de 2003, la Sala Primera de RevisiÃ³n considerÃ³ afectados los derechos a la igualdad, al mÃnimo vital y a la vivienda digna de desplazados porque la Red de Solidaridad no adoptÃ³ medidas de protecciÃ³n especial para este grupo poblacional, pese a que "*las acciones positivas a favor de la poblaciÃ³n desplazada estÃ¡n pues justificadas en virtud de la necesidad de asegurar un justo trato a uno de los sectores mÃ¡s desaventajados de la sociedad colombiana, en la urgencia de evitar que la naciÃ³n colombiana se siga fragmentando y en la perentoria protecciÃ³n frente a graves afecciones al mÃnimo vital de las vÃctimas del desplazamiento*".

20 Sentencias C-371 de 2000, C-184 de 2003, C-206 de 2006 y T-1031 de 2005, entre otras

21 Por ejemplo, la sentencia C-667 de 2006 expresÃ³ que las acciones afirmativas fueron consagradas "*a favor de un grupo de personas determinadas, pretenden edificar condiciones reales de igualdad*"

22 En sentencias SU-388 y SU-389 de 2005, la Sala Plena de la Corte advirtiÃ³ que "*no resulta vÃ¡lida una ampliaciÃ³n generalizada de las acciones afirmativas a los demÃ¡s colectivos, o una utilizaciÃ³n desbordada de las mismas, puesto que no sÃ³lo se desnaturalizarÃa su esencia sino que se darÃa al traste con los objetivos que persiguen, haciÃ©ndolas inocuas, burlando asÃ el objetivo propuesto por el Constituyente y materializado por el Legislador*"

23 Al respecto ver la Sentencia C–371 de 2000, M.P. Dr. Carlos Gaviria DÃaz. Un tratamiento sistemÃ¡tico del tema puede verse en: Las estrategias de la Igualdad, la discriminaciÃ³n inversa como medio de promover la igualdad, por Macario Alemany, en IsonomÃa No. 11, octubre de 1999, Universidad de Alicante, EspaÃ±a.

24 Por Estado debe entenderse aquÃ, en su acepciÃ³n mÃ¡s amplia, los diversos niveles que lo integran: el nacional y el territorial (departamental, distrital o municipal).

25 Sentencia T-724 de 2003.

Fecha y hora de creación: 2024-04-29 14:04:43