

PROCEDIMIENTO DE CESION DE CONTRATOS ESTATALES-Regulación por el legislador

(...) al margen de que el mecanismo de selección del cesionario correspondiente no puede ser sino el de la selección objetiva que ya regula el EGCP – todo ello, por supuesto, dentro del marco del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de igualdad que contempla la Carta Política como reglas mínimas sustantivas inherentes a cualquier procedimiento administrativo y judicial-, la Corte verifica que el reglamento de la cesión contractual que prevé el artículo 9 de la Ley 80 no es un asunto que el Legislativo pueda ordinariamente delegar en el Ejecutivo.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Calidades para su presentación

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Legitimación para interponerla

A diferencia de la acción de tutela, que puede ser presentada por “toda persona” cuando sus derechos fundamentales resulten trasgredidos o amenazados (CP, artículos 86), la legitimación en la causa por activa para presentar acciones de inconstitucionalidad se encuentra sujeta a ciertas condiciones sobre las cuales ya ha reparado esta Corporación.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Ciudadano en ejercicio/ CIUDADANIA-Forma de acreditarla

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Falta de legitimación de extranjeros para instaurarla

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

RESERVA DE LEY-Definición

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Alcance

POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO-Exige que la ley haya configurado previamente una regulación básica o materialidad legislativa

RESERVA DE LEY EN ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Jurisprudencia constitucional

FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA REGULACION DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL-Concesión por el legislador

(...) la delegación en el Ejecutivo para regular un procedimiento administrativo como ciertamente lo es el que contempla el parágrafo 2º demandado, solo puede ocurrir cuando el Ejecutivo lo faculta extraordinariamente para el efecto con arreglo a lo previsto en el artículo 150 (numeral 10) superior. Tal situación se justifica si se considera que, como lo ha reiterado recientemente el Consejo de Estado, “mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la Administración y el

ciudadano, esto es, con efectos extra-orgánicos , y si la ley no regula estos mínimos procedimentales será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 2º del CPACA, como norma supletoria para estos casos”.

PROCEDIMIENTO-Concepto

En el mundo del derecho, por procedimiento se entiende un conjunto de reglas jurídicas dirigidas a ordenar y regular un determinado proceso jurídico. Se trata, pues, de ordenamientos jurídico-instrumentales exclusivamente encaminados a la efectiva implementación del derecho sustancial, teleológicamente dirigidos a la efectivización de este. Son, entonces, reglamentos administrativos mediante los cuales, so pretexto de implementar las normas sustantivas, no pueden invadir el ámbito propio del legislador para crear una disposición sustancial no prevista por la ley.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO-Regulación legal

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Manifestación del principio de legalidad

Referencia: Expediente D-13.704

Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del artículo 6º y la totalidad del 8º de la Ley 2014 de 2019, “Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral

administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”.

Magistrada sustanciadora:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad el señor Styven Boyacá Calderón y las señoras Ana María Moncada Zapata, Isabel Aldana Salazar y Sofía Catherina Ekmeiro Alberti demandaron la inexecuibilidad parcial del parágrafo 1º y la inexecuibilidad total del parágrafo 2º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, adicionados por el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019 “(p)or medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral

administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”, así como el artículo 9A que el artículo 8º de la mencionada Ley 2014 le adicionó a la citada Ley 80. La demanda fue radicada en el expediente D-13704.

Mediante Auto del veintinueve (29) de abril de 2020, la magistrada sustanciadora inadmitió la demanda y les otorgó a los demandantes el término de ley para que la corrigieran de conformidad con las razones expuestas en dicha providencia. Los demandantes presentaron nuevo escrito en donde subsanaron su demanda; escrito que dio lugar a que mediante Auto del dieciocho (18) de mayo de 2020 la magistrada sustanciadora dispusiera su admisión, la fijación en lista de las normas demandadas por el término de diez (10) días para permitir la participación ciudadana, la comunicación del proceso a la Presidencia de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación para que, si lo estimaran conveniente, se pronunciaran sobre las razones que justificarían la constitucionalidad de las normas sometidas a control; la invitación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a varias instituciones de educación superior para que intervinieran en el proceso de constitucionalidad dentro del término de fijación en lista; y el traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

Una vez en firme el auto admisorio de la demanda, intervinieron oportunamente: (i) la Universidad del Rosario, a través de la señora María Teresa Palacio Jaramillo y el señor Felipe Hadad Álvarez; (ii) el ciudadano Leopoldo Juan Miguel Pava Montoya; y (iii) la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, a través de los ciudadanos Clara María González Zabala y José Andrés O’Meara Riveira, respectivamente.

El Procurador General de la Nación también emitió el concepto de su competencia.

. LAS NORMAS DEMANDADAS

El texto de las normas demandadas, tal como fueron publicadas en el Diario Oficial 51.182 del 30 de diciembre de 2019 y como quedaron después de corregida y admitida la demanda inicialmente presentada (ver sección III infra), es el que se transcribe a continuación (se resaltan en subraya y negrilla los apartes legales demandados):

LEY 2014 DE 2019

(diciembre 30)

Diario Oficial No. 51.182 de 30 de diciembre 2019

PODER PÚBLICO – RAMA LEGISLATIVA

Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 6o. INHABILIDAD SOBREVINIENTE. Modifíquese el artículo 9o de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 9o. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses.

ARTÍCULO 8o. Adiciónese un nuevo artículo 9A a la Ley 80 de 1993, el cual será del siguiente

tenor:

Artículo 9A. Efectos de la declaratoria de cesión unilateral del contrato. En firme el acto administrativo que ordena la cesión unilateral del contrato por actos de corrupción. La entidad que la haya declarado deberá compulsar copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales para las investigaciones de su competencia.

(...)”

. LA DEMANDA

Luego de inadmitida, los demandantes corrigieron su demanda, desistiendo de los cargos por violación al debido proceso, al principio de legalidad, al non bis in ídem y a la separación de poderes. No obstante, lograron acreditar el cumplimiento de todos los requisitos para la admisión de los cargos por la violación a la propiedad privada; al principio de buena fe; a los principios de moralidad pública, transparencia y selección; a la libertad de asociación; y la reserva de ley. Estos últimos cargos estos fueron sustentados de la siguiente manera:

i. (i) Cargo contra la expresión “sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil” que prevé el primer inciso del párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019

Los demandantes señalaron que antes de que se expidiera el párrafo 1º demandado “el efecto de la inhabilidad sobreviniente era la cesión del contrato por parte del contratista inhábil escogiendo este a su sucesor, sin que se hicieran nugatorios los derechos del

contratista respecto de las inversiones o prestaciones que había ejecutado hasta el momento de la cesión” (énfasis fuera de texto); posibilidad ésta que fue eliminada con el párrafo 1º demandado. En este sentido insistieron en que la expresión “sin indemnización alguna (sic)” que prevé el primer inciso del párrafo 1º demandado despojaría al contratista sobrevinientemente inhábil de “los pagos causados, a los que se encuentra obligada la entidad contratante por conceptos al acaecimiento de la inhabilidad”; para luego preguntarse sobre la naturaleza de la indemnización y sobre cuál sería el efecto útil de la norma demandada. En soporte de lo anterior los actores pasaron luego a referirse a la Sentencia C-207 de 2019, en donde al estudiar la exequibilidad del párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 tal y como quedó reformado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, la Corte habría sostenido que “los titulares de derechos adquiridos en un contrato estatal deben ser protegidos si demuestran haber obrado con buena fe, y por lo tanto no tendrán que soportar las consecuencias de la pérdida de la indemnización con ocasión de una sanción, como de la que trata el párrafo demandado”.

Con fundamento en la anterior argumentación, la magistrada sustanciadora admitió los cargos por violación a la propiedad privada (CP, artículo 58) y al principio de la buena fe (CP, artículo 83). Esto, tras indicar que “si la expresión demandada se interpretara con el alcance que le dan los accionantes, bien podría presentarse una posible tensión entre la disposición y los derechos y principios protegidos en la Carta Política”

() Cargos contra la expresión “será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato” que prevé el segundo inciso del párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019

Los demandantes solicitaron la inexequibilidad de la expresión “será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato” que prevé el segundo inciso del párrafo 1º demandado por violación al artículo 209 de la Carta. Según adujeron, la mencionada expresión legal facultaría a la Administración “para señalar a dedo el contratista

cesionario” y sin establecer ningún tipo de criterio o parámetro para ello; situación que resultaría contraria a los principios de transparencia, moralidad y selección objetiva. Para la magistrada sustanciadora lo anterior permitió la admisión del cargo por la referida violación constitucional.

Por otra parte, en su corrección de la demanda los actores también sostuvieron que la mencionada expresión violaría el derecho de libre asociación (CP, artículo 38) tras considerar que la ratio decidendi de la Sentencia C-221 de 1996 no sería aplicable en el proceso de la referencia pues en tal providencia se partió de que “el contratista es quien cede su contrato a un tercero, previa autorización de la Entidad, y para el caso de los consorcios y uniones temporales, el cesionario será elegido de acuerdo con la afinidad y conocimiento de los demás integrantes de esta estructura plural. En el segundo escenario (norma demandada), es la administración quien elige quién va a reemplazar al contratista inhabilitado”. Ante tal explicación la magistrada sustanciadora consideró como superada la falta de suficiencia advertida en el auto inadmisorio cuando concluyó que “lo que se acusa es que, al delegar a la entidad contratante la escogencia del tercero cesionario, se desconoce la voluntad del consorcio o unión temporal en su intención de asociarse o no con ese tercero y se le impone una decisión que, al tenor de los demandantes, iría en contra de la libertad de escoger con quien asociarse”; lo que dio lugar a la admisión del cargo.

() Cargo contra el párrafo 2º con que el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019 modificó el artículo 9º de la Ley 80 de 1993

Los demandantes también señalaron que el párrafo 2º acusado violaría el artículo 150 superior, según el cual al Legislativo le compete, por regla general, desarrollar la Constitución y dictar normas con fuerza de ley. De acuerdo con los actores tal situación chocaría con que el Congreso le hubiera conferido al Gobierno Nacional la potestad de reglamentar el procedimiento de la cesión de contrato por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente de que trata el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 6º

de la Ley 2014 de 2019. Para la magistrada sustanciadora, el que en el escrito de subsanación de la demanda se hubiera identificado “como la carencia sustancial más relevante, el que no se (hubiera) regulado el mecanismo de selección ni las condiciones que (debería) cumplir el beneficiario de la cesión”, permitió la admisión del cargo.

(iv) Cargo contra el artículo 9A que el artículo 8º de la Ley 2014 de 2019 le adicionó a la Ley 80 de 1993

Finalmente, aunque no fue materia de subsanación, la magistrada sustanciadora dispuso la admisión del cargo ejercido contra el artículo 9A que el artículo 8º de la Ley 2014 de 2019 le adicionó a la Ley 80 de 1993; cargo este que, de conformidad con la demanda inicial, surgiría de la unidad normativa que dicho artículo conformaría con los párrafos 1º y 2º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 6º de la Ley 2014.

. INTERVENCIONES

1. 1. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

La Universidad del Rosario, a través de los ciudadanos María Teresa Palacio Jaramillo y Felipe Hadad Álvarez, solicitó que se declarara la constitucionalidad de las normas demandadas. Con relación al párrafo 1º, consideraron que los demandantes confundieron dos figuras jurídicas: el delito y la infracción. Al respecto, indicaron que la expresión “o cuando administrativamente se haya sancionado” refiere a una infracción que puede ser establecida por el Estado, pues su poder sancionatorio no se agota en el ámbito penal, sino que también puede ejercerse a través de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Agregaron que la norma debería interpretarse en conjunto con el ordenamiento jurídico “para poder concluir que serán las entidades que tienen dentro de sus funciones de inspección, vigilancia y control, las que, previa observancia del debido proceso, puedan establecer la comisión de una infracción administrativa que involucre la materialización de actos de corrupción, en ningún momento se está creando una potestad excepcional”.

Finalmente, estimaron que la figura de la cesión unilateral no se asimilaría a una confiscación por cuanto que: (i) nadie podría obtener un beneficio por un hecho de corrupción; y (ii) la norma no indicaría la imposibilidad de reconocer el pago de lo ejecutado por el contratista para honrar compromisos con terceros.

2. Leopoldo Juan Miguel Pava Montoya

El interviniente solicitó que se declarara la inconstitucionalidad parcial del párrafo 1º que prevé el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019. Para este efecto, el señor Pava Montoya indicó que con la expresión “o cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista”, se crearía una nueva inhabilidad y con ello se desconocería lo regulado en el literal (j) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993; esto es, que existiera una decisión judicial condenatoria. Además, planteó que con dicha expresión se estaría autorizando a las autoridades administrativas para que instruyeran sumarios y establecieran la responsabilidad penal por la comisión de algún delito de corrupción, vulnerando de este modo el inciso 3º del artículo 116 superior y el principio de separación de poderes.

3. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Agencia Nacional de Contratación Pública

Clara María González Zabala y José Andrés O'Meara Riveira solicitaron que se declarara la exequibilidad de las normas demandadas. En desarrollo de su intervención argumentaron que la expresión “sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil”, impediría el enriquecimiento ilícito del contratista conforme lo prevé la sentencia C-207 de 2019. Añadieron que, si el contratista inhábil pretendiera algún reconocimiento, podría reclamar la liquidación por la nulidad absoluta de que trata el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Además, explicaron que el nuevo contratista asumiría los derechos y obligaciones que tenía el anterior y que, por lo tanto, la cesión no afectaría a los terceros de buena fe.

También aludieron a la exposición de motivos de la norma demandada, para luego afirmar que el propósito de esta consiste en excluir a los corruptos sin que se paralice la obra, “pues en las entidades públicas existía el temor de aplicar la renuncia a la ejecución porque implicaba terminación unilateral, y los actos de corrupción no estaban contemplados como una causal para la terminación en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993”. Así mismo señalaron que, en el tercer debate en la Comisión Primera del Senado, la parlamentaria ponente explicó que la finalidad del proyecto era la de permitir la cesión del contrato y que el Estado impusiera las condiciones, para no tener que adelantar el largo procedimiento de terminación del contrato o el de caducidad.

Con relación a la expresión “será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato”, los citados intervinientes afirmaron que la misma no implicaría que la entidad contratante omitiera los principios de la contratación estatal, sino que por el contrario, “al momento de ejercer esta facultad la administración (tendrían) que observar claramente los fines de la contratación y de la función pública, que no son otros que preservar el interés público y el bienestar social, lo que lleva(ría) a que se seleccionen aquellos contratistas que satisficieran las condiciones y requisitos para alcanzar tales objetivos”.

En cuanto al derecho a libre asociación, los mencionados intervinientes señalaron que los miembros de la estructura plural no estarían obligados a permanecer en ella, pues podían solicitar la cesión de su postura y salir de la misma, previa autorización de la entidad contratante.

Respecto al párrafo 2º del artículo 6º de la Ley 2014 de 2019, estimaron que con este no se desbordaría la potestad reglamentaria del presidente de la República ni se desconocerían las facultades reservadas al Legislador. Sustentaron su postura citando las providencias C-119 de 2020 y C-949 de 2001 y, especialmente, sostuvieron que la argumentación expuesta en la sentencia C-508 de 2002 justificaría la autorización otorgada al Gobierno para regular el procedimiento de cesión unilateral.

Además, indicaron que el Legislador habría regulado en la Ley 80 de 1993 los elementos sustanciales del procedimiento de cesión unilateral del contrato por actos de corrupción, dejando un marco de reglamentación al Gobierno.

Finalmente, recordaron el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, para después señalar que su contenido orientaría toda la actuación contractual, incluido el procedimiento para la cesión unilateral, por lo que el Gobierno nacional, al ejercer su potestad reglamentaria, debería observar los parámetros definidos por el Legislador y respetar los principios de la contratación pública.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación presentó en oportunidad el concepto de su competencia y le solicitó a la Corte (i) declararse inhibida para pronunciarse sobre el artículo 8º de la Ley

2014 de 2019; y (ii) declarar exequible el artículo 6º (parcial) de dicha ley.

En apoyo de su solicitud el Ministerio Público manifestó lo siguiente:

1. 1. Comenzó por señalar que con relación al artículo 8º de la Ley 2014 de 2019 no se cumpliría con los presupuestos exigidos para el control constitucional dado que las normas demandadas no conformarían una unidad jurídica. En palabras del Procurador: “no se encuentra una relación intrínseca entre las expresiones acusadas y el artículo 8 ídem (que adiciona el artículo 9ª a la Ley 80 de 1993)”. Además, indicó que no se habrían presentado argumentos sobre la inescindibilidad de las normas impugnadas. En este orden el Procurador solicitó que la Corte Constitucional se declarara inhibida para emitir un pronunciamiento con relación al artículo 8º de la Ley 2014; artículo este que le añadió un artículo 9A a la Ley 80 de 1993.

2. Posteriormente, solicitó que se declarara la exequibilidad del artículo 6 (parcial). Para ello la Vista Fiscal comenzó por referirse al cargo por vulneración al derecho a la propiedad privada y al principio de la buena fe. Indicó que, así como fue señalado en la etapa de admisión, deberían diferenciarse las distintas figuras contractuales como, por ejemplo, las fórmulas para establecer las prestaciones recíprocas por la terminación de un contrato de tipo APP declarado nulo y para establecer la indemnización por la cesión de contrato.

Recordó que, en la exposición de motivos de la Ley 2014, la norma se justificó en su potencial persuasivo ante la falta de eficacia de otros mecanismos diseñados para controlar la corrupción en la administración pública y porque no existía en el ordenamiento una causal de terminación unilateral por la comisión de actos de corrupción. También se refirió al debate legislativo para señalar que la medida de cesión unilateral coexiste con la caducidad y no la sustituye. Así mismo, afirmó que en las discusiones en el Congreso se “destacó que la ausencia de indemnización se explicaba porque la decisión del caso estaba precedida por

una sanción o condena y que no quedaba al arbitrio de la administración”.

Sobre la cesión del contrato mencionó que esta figura exigiría un rol activo de la Administración para asegurar la ejecución del objeto contractual, pues el contrato no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los fines del Estado.

Respecto a la procedencia de la indemnización, afirmó que la sentencia C- 207 de 2019 no sería aplicable al caso concreto, pues “pese al esfuerzo interpretativo de los demandantes, no se encuentra parámetro alguno que permita comparar el pago de lo ejecutado en un contrato estatal APP declarado nulo absoluto, materia del referido pronunciamiento de la Corte, con la indemnización de un contrato, que contará con un cesionario”.

Finalmente, indicó que la afirmación de los demandantes, según la cual la cesión del contrato: “le(s) arrebató incluso el derecho a percibir los pagos causados”, no correspondería al alcance de la norma.

3. Luego, respecto al cargo por vulneración de los principios de transparencia, moralidad y selección objetiva, así como libertad de asociación, expuso que la cesión del contrato es una figura regulada por distintas normas. Al respecto, citó una providencia del Consejo de Estado en la que dicho Tribunal se habría referido al artículo 41 de la Ley 80 de 1993, al fundamento de la norma de cesión del contrato y al deber de la entidad contratante de observar, sin excepción alguna, las calidades de futuro cesionario.

En cuanto a la libertad de asociación planteó que la norma no impediría o afectaría la facultad de los asociados de retirarse de la estructura conformada. Además, señaló que la interpretación de los demandantes sobre la norma original, esto es, que el contratista inhábil cedería su participación a un tercero con previa autorización de la entidad contratante, también vulneraría el derecho porque “solo se garantizaría si la recomposición se definiera

exclusivamente por los integrantes del contratista plural”. Por lo tanto, el Ministerio Público concluyó que la facultad de la entidad para elegir al cesionario responde a que la figura operaría por la inhabilidad sobreviviente, lo que garantizaría la mejor satisfacción del interés general sin que con ello se excluyeran medidas para facilitar la participación de los interesados.

4. Con relación al cargo por vulneración de la reserva legal y los límites de la potestad reglamentaria, la Vista Fiscal recordó que la cesión contractual no es una figura creada por la norma acusada, sino que se encontraría prevista en distintas disposiciones del ordenamiento jurídico. Agregó que la potestad reglamentaria aplica en materia procedimental y que, además, está sujeta a las reglas definidas en la norma legal demandada. Al respecto, recordó la sentencia C-119 de 2020 sobre el alcance del Estatuto General de Contratación y el margen que corresponde para el poder reglamentario del Presidente de la República.

VI. CONSIDERACIONES PREVIAS

VI.I Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

VI.II. Problemas jurídicos

La Corte observa que la demanda se dirige a que se resuelvan los siguientes problemas

jurídicos:

1. 1. ¿Vulnera el derecho a la propiedad privada de los contratistas y/o los derechos económicos de los terceros de buena fe asociados a dichos contratistas, el que la cesión unilateral del contrato público prevista en el párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019, proceda “sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil”?

2. ¿Vulnera el derecho a la libre asociación y/o los principios de la función administrativa que consagra el artículo 209 superior el que el párrafo 1º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, tal y como este quedó luego de expedida la Ley 2014 de 2019, prevea que el cesionario de la cesión unilateral a que dicho párrafo refiere sea determinado por la entidad contratante?

3. ¿Tiene reserva de ley ordinaria la reglamentación del procedimiento de cesión contractual que prevé el artículo 9º de la Ley 80 de 1993 tal y como este quedó luego de expedida la Ley 2014 de 2019?

4. ¿Puede conformarse una unidad normativa entre los párrafos 1º y 2º del artículo 9º y el artículo 9A que los artículos 6º y 8º de la Ley 2014 de 2019 respectivamente le adicionaron a la Ley 80 de 1993? Y, de ser así ¿cabía pronunciarse sobre la exequibilidad de dicho artículo 9A en la sentencia que decida la demanda de la referencia?

VI.III. Plan de la sentencia

La Corte comenzará por (i) pronunciarse sobre la falta de legitimación en la causa que tienen

los ciudadanos extranjeros para presentar acciones de inconstitucionalidad. (ii) Luego la Sala se pronunciará sobre la ineptitud de los cargos ejercidos contra la expresión demandada del párrafo 1º que la Ley 2014 de 2019 le adicionó al artículo 9º de la Ley 80 de 1993, así como contra el artículo 9A que aquella ley le añadió la esta última. (iii) Finalmente esta Corporación pasará a exponer brevemente el contenido de los párrafos 1º y 2º que el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019 adicionó al artículo 9º de la Ley 80 de 1993. (iv) Finalmente la Corte decidirá si la reglamentación del procedimiento de la cesión del contrato que establece el párrafo 2º atrás mencionado es o no un asunto que tenga reserva de ley ordinaria.

VII. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

1. 1. La falta de legitimación en la causa de los ciudadanos extranjeros para presentar acciones de inconstitucionalidad

A diferencia de la acción de tutela, que puede ser presentada por “toda persona” cuando sus derechos fundamentales resulten trasgredidos o amenazados (CP, artículos 86), la legitimación en la causa por activa para presentar acciones de inconstitucionalidad se encuentra sujeta a ciertas condiciones sobre las cuales ya ha reparado esta Corporación. En efecto, en Sentencia C-591 de 2012, la Corte recordó que:

“ (...) tres son las exigencias constitucionales que condicionan el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad[3]: (i) ser persona natural de nacionalidad colombiana, (ii) ostentar la calidad de ciudadano y (iii) hallarse en ejercicio de los derechos políticos.

(i) En cuanto al primer requisito, esto es, acreditar la condición de persona natural de

nacionalidad colombiana, la Corte ha explicado que “las personas jurídicas, públicas o privadas, no pueden demandar la inexecutable de una determinada norma”, por cuanto “los derechos políticos son ejercidos únicamente por personas naturales, concretamente por aquellas cuyos derechos ciudadanos se encuentran vigentes”[4].

(ii) El segundo requisito consiste en ostentar la calidad de ciudadano, adquirida por los nacionales colombianos cuando alcanzan la mayoría de edad, que mientras la ley no disponga otra cosa se da a partir de los dieciocho años (art. 98 CP).

Como es sabido, la cédula de ciudadanía expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil es el documento que permite la identificación de las personas, el ejercicio de sus derechos civiles y la participación de los ciudadanos en la actividad política[5]. En esa medida, al hacerse uso de la acción pública de inconstitucionalidad la calidad de ciudadano se acredita con la presentación personal de la demanda ante juez o notario público. De lo contrario no estará demostrada la capacidad jurídica para iniciar y concluir válidamente el juicio de inconstitucionalidad, como ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia C-562 de 2000, cuando la Corte dictó una providencia inhibitoria porque el entonces accionante omitió acreditar su condición de ciudadano a través de la presentación personal de su demanda. Dijo entonces la Corte:

“En esta medida, resulta imprescindible que la Corte, antes de adelantar el respectivo análisis de fondo de las normas parcialmente acusadas, entre a determinar si la diligencia de presentación personal de la demanda comporta un requisito de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad y, en consecuencia, si tal irregularidad le impide a la Corte proferir la respectiva decisión de fondo.

(...)

Así, la acción pública de inconstitucionalidad, (...) se entienden (reservada) –en forma exclusiva y excluyente- a los nacionales colombianos, siempre y cuando éstos hayan obtenido la ciudadanía y se encuentren en ejercicio de la misma (C.P. art. 40). Tal como se

infiere de las normas constitucionales que regulan la materia, es claro que el sólo hecho de ser titular de los derechos políticos no habilita al nacional para ejercerlos. Para estos efectos, resulta imperiosa la ciudadanía que se ejerce, mientras la ley no disponga otra edad, a partir de los 18 años (C.P. art. 98) y se acredita, según lo indica el Código Nacional Electoral, con la cédula que expide la Registraduría Nacional del Estado Civil como organismo encargado de resolver los asuntos relativos a la identidad de las personas (C.P. art. 120).

(...)

En este orden de ideas, la calidad de ciudadano en ejercicio constituye un requisito sustancial para convertirse en sujeto activo de la acción pública de inconstitucionalidad, de manera que la Corte no podría emitir pronunciamiento de fondo respecto de aquellos preceptos legales que han sido demandados, si quienes formulan la acusación no demuestran tener esa condición. En realidad, tal como se advierte de los mandatos contenidos en los artículos 40 y 241 de la Carta, la capacidad jurídica para iniciar y concluir válidamente al juicio de inconstitucionalidad la tiene únicamente quien acredite estar en ejercicio de la ciudadanía, hecho que, además, sólo se logra cuando el escrito acusatorio es presentado personalmente ante el funcionario público competente que pueda dar fe del hecho.

(...)

De lo anterior se colige, sin lugar a equívocos, que para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución no es suficiente indicar en la demanda que se es ciudadano colombiano en ejercicio. También es imprescindible que tal condición se demuestre mediante el cumplimiento de la diligencia de presentación personal con exhibición de la Cédula de Ciudadanía de quien interpone la acción, pues sólo así se logra revestir de autenticidad el documento contentivo de la demanda, dando plena certeza al organismo de control de que el mismo proviene de un determinado ciudadano, concretamente, de aquel que aparece suscribiéndolo como un acto de voluntad individual”.

(iii) Finalmente, el tercer requisito exige que el ciudadano se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos políticos, de manera que no haya sido privado o suspendido de los mismos.

(...)." (Énfasis fuera de texto)

Así las cosas, aunque durante la fase previa del proceso la magistrada sustanciadora también reconoció como demandante a la señora Sofía Catherina Ekmeiro Alberti, en este momento la Sala advierte que, en la demanda, esta persona se identificó con cédula de extranjería Nro. 0000518725; cuestión esta que acredita su falta de legitimación en la causa para presentar demandas de inconstitucionalidad contra las leyes de la República.

No obstante lo anterior, toda vez que la demanda fue así mismo presentada por otras personas que sí tienen condición de ciudadanos colombianos en ejercicio, la Corte seguirá con el curso de la sentencia, dejando claro que la demandante Sofía Catherina Ekmeiro Alberti no se encontraba legitimada para demandar la inconstitucionalidad del caso.

2. La ineptitud de algunos cargos de la demanda

Mediante Auto del dieciocho (18) de mayo de 2020 la magistrada sustanciadora admitió la demanda frente “expresiones de los artículos 6 y 8 de la ley 2014 de 2019. “Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”. Más concretamente, del estudio de la demanda la Sala concluyó que el objeto de la misma se dirigió a atacar: (i) las expresiones “sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil” y “Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato” del parágrafo 1º que el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019 le añadió al artículo 9º de la Ley 80 de 1993, (ii) la integridad del parágrafo 2º que dicho artículo 6º le adicionó al mencionado artículo 9º y (iii) la totalidad del artículo 9A que la Ley 2014 le sumó a la Ley 80.

Ahora bien, a pesar de que durante la fase previa del proceso se admitieron cargos contra las normas anteriormente relacionadas, nada obsta para que la Corte resuelva inhibirse de pronunciarse sobre el fondo de cualquiera de ellas si, al momento de proferir sentencia, advierte su ineptitud. Sobre esta posibilidad, en reciente Sentencia C-535 de 2019 e invocando expresamente jurisprudencia anterior, esta Corporación recordó que “(...) Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del Magistrado Ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del Pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (C.P. art. 241-4-5)”.

Dicho lo anterior, la Sala Plena ve necesario inhibirse de pronunciarse sobre el fondo de los cargos ejercidos contra los apartes demandados del párrafo 1º que la Ley 2014 le añadió al artículo 9º de la Ley 80, así como frente de aquellos ejercidos contra el artículo 9A que aquella ley le sumó a esta última; inhibición esta se explica con base en las siguientes razones:

2.1. Frente de los apartes demandados del párrafo 1º que la Ley 2014 le añadió al artículo 9º de la Ley 80

2.1.1. Respecto de los cargos ejercidos contra la expresión legal “sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil” que contiene el primer inciso del párrafo 1º que la Ley 2014 adicionó al artículo 9º de la Ley 80, la Sala observa que estos carecen de los requisitos necesarios para que la Corte se pronuncie sobre su fondo.

En efecto, para la Sala es claro que en la demanda: (i) no se profundizó suficientemente acerca del daño emergente y/o lucro cesante que, de encontrarse inexecutable la mencionada

expresión, la indemnización del caso entraría a resarcir; (ii) no se señaló por qué razón podría existir derecho a una indemnización cuando la inhabilidad sobreviniente se hubiese configurado con ocasión de la adjudicación misma del contrato del caso; (iii) no se explicó cómo la participación de un particular en un contrato estatal constituiría propiedad privada en cabeza del contratista a tal punto que se cuantifique como parte de su patrimonio; y (iv) no se explicó con suficiencia cómo la cesión unilateral del contrato como efecto de la inhabilidad sobreviniente o la sanción administrativa por actos de corrupción pueda constituirse en un daño injustificado que deba ser reparado por el Estado.

2.1.2. Por otra parte, en lo que toca con la expresión del segundo inciso del mencionado párrafo 1º, según la cual “(p)ara el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato”, la Corte considera que en la demanda se partió de la base de que la determinación del caso obviaría el principio de selección objetiva que rige la contratación administrativa; situación esta que no es más que un punto de vista subjetivo del actor que no se desprende del texto demandado y que le impide a la Corte pronunciarse sobre un cargo que carece del requisito de pertinencia.

2.2. Frente del artículo 9A que la Ley 2014 le sumó a la Ley 80

2.2.1. Frente al cargo elevado contra el artículo 9A que el artículo 8º de la Ley 2014 de 2019 le adicionó a la Ley 80 de 1993, la Corte inicialmente señala no compartir la opinión del Ministerio Público que niega la posibilidad de integrar una unidad normativa entre, por una parte, las expresiones demandadas de los párrafos 1º y 2º que el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019 le adicionó al artículo 9º de la Ley 80 y, por otra parte, el contenido del mencionado artículo 9A.

Por el contrario, la Sala encuentra que, sin perjuicio de la relación que dicho artículo 9A tendría con el mencionado párrafo 1º sobre cuyo fondo la Corte resolvió inhibirse (2.1

supra), el contenido del nuevo artículo 9A -relativo a los “(e)fectos de la declaratoria de cesión unilateral del contrato”- se hallaría intrínsecamente relacionado con el párrafo 2º demandado que delega en el Gobierno Nacional la reglamentación de las cesiones que operan por ministerio del artículo 9º de la Ley 80 de 1993. En otras palabras, podría tratarse de una especie de la causal de integración normativa que se verifica cuando “el precepto demandado se encuentra intrínsecamente relacionado con otra norma que, a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad”, en donde el primer precepto correspondería al artículo 9A de la Ley 80 y las segundas serían las expresiones demandadas de contienen los párrafos 1º y 2º del artículo 9º ídem; integración normativa esta que podría lucir necesaria pues los efectos de la declaratoria que regula el artículo 9A se predicen de una cesión contractual-estatal que sólo está prevista en los párrafos antedichos.

2.2.2. No obstante lo anterior, sin perjuicio de la unidad normativa que pudiera llegar a integrar el artículo 9A con las expresiones demandadas de los párrafos 1º y 2º demandados, la Corte no observa que, más allá de los cargos presentados contra dichas expresiones de los párrafos antedichos, el cargo ejercido contra el artículo 9A de la Ley 80 cumpla con los requisitos previstos por la jurisprudencia para su admisión. De hecho, en la demanda no se advierte un cargo constitucional concreto y directamente relacionado con el artículo 9A, así como tampoco hay un solo reproche basado en la confrontación del contenido de cualquier norma superior con aquel de dicho artículo; razón por la cual la Corte no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma que no presenta un efectivo problema de constitucionalidad.

3. Breve exposición del contenido de los párrafos 1º y 2º que la Ley 2014 de 2019 le adicionó al artículo 9º de la Ley 80 de 1993

3.1. En el primer informe para ponencia en Senado del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 2014 de 2019 se indicó la necesidad de permitir “(l)a terminación unilateral de los contratos estatales de personas responsables de actos de corrupción”. En el

respectivo proceso de producción legal se sostuvo que las obligaciones de cesión y renuncia contractual previstos por la ley para el caso en que sobre un contratista sobreviniera una inhabilidad o incompatibilidad no garantizaba “la verdadera separación del corrupto y los contratos estatales”, cuando tal contratista fuera condenado “por peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, usurpación y abuso de funciones públicas” .

3.2. Agotado el trámite legislativo, el artículo 9º de la Ley 2014 de 2019 le adicionó dos párrafos al artículo 9º de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante también “EGCP”). En el primer inciso del primero de tales párrafos se previó que la Administración ordenaría la cesión unilateral de los contratos “sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil” cuando, luego de adjudicado y perfeccionado el un contrato estatal, los contratistas del caso: (A) hubieran sido administrativamente sancionados por actos de corrupción y/o (B) sobre ellos sobreviniera la inhabilidad contemplada en el literal j) del numeral 1º del artículo 8º del EGCP.

3.3. En otras palabras, en la parte inicial del párrafo 1º demandado se previó que cesión unilateral de los contratos sin lugar a indemnización resulta predicable de:

i. (i) los contratistas que hayan sido administrativamente sancionados por actos de corrupción;

() las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por “cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias”

() “las sociedades de las que hagan parte (los contratistas señalados en los literales (ii) y (iii) supra) en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”;

() “las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado”; y

() permanentemente, “las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y (...) las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal”.

Por su parte, una interpretación gramatical del segundo inciso del párrafo 1º demandado permite señalar que la cesión unilateral prevista para las hipótesis recién señaladas se encuentra a cargo de la respectiva entidad estatal contratante.

3.4. Finalmente, en el segundo de los párrafos que el artículo 6º de la Ley 2014 de 2019 le añadió al artículo 9º del EGCP (el párrafo 2º demandado), se dispuso que el Gobierno nacional tendría a su cargo la reglamentación del procedimiento de cesión contractual previsto por la integridad de este último artículo.

4. La competencia para reglamentar el procedimiento de cesión contractual que establece el artículo 9º de la Ley 80 de 1993

Visto lo anterior, habiendo ya la Corte explicado las razones por las cuales, salvo el formulado contra el párrafo 2º que la Ley 2014 le añadió al artículo 9º de la Ley 80 de 1993, los demás cargos de la demanda resultan ineptos, procede decidir sobre la posibilidad de que el Gobierno Nacional reglamente el procedimiento de cesión contractual de que trata el mencionado artículo del EGCP. Para tal efecto la Sala hace las siguientes consideraciones:

4.1. Los demandantes aducen que la cláusula general de competencia o reserva de ley que consagra el artículo 150 de la Carta resultaría transgredida por el párrafo 2º que la Ley 2014 le añadió al artículo 9º de la Ley 80. En concepto de los actores, la reglamentación del procedimiento de las cesiones contractuales que el mencionado párrafo radica en cabeza del Gobierno nacional -esto es, la reglamentación del procedimiento de las cesiones relativamente voluntarias y obligatorias que prevé el artículo 9º del EGCP- sería inexecutable pues en la ley no se señalaron los parámetros y bases de dicho reglamento al punto de que en ella no se hizo referencia a la regulación del mecanismo de selección ni a las condiciones mínimas que debería cumplir el beneficiario de la cesión. En sustento de su tesis los actores también indicaron que “(e)n Sentencia C-675 de 2005, la Corte Constitucional, indicó que cuando existe reserva de ley, el legislador debe señalar al menos los criterios, los parámetros y las bases de la regulación, en una norma de la jerarquía de Ley, de manera que el Presidente de la República pueda ejercer la potestad reglamentaria establecida en el artículo 189, Num. 11, de la Constitución, respetando tanto el contenido de la ley reglamentada como el de las demás leyes (sic)”.

4.2. La Sala comienza por recordar que la reserva de ley es “una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a

regular aquellas materias que el Constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley". Se trata, también, de "una manifestación del principio de democracia y de división de los poderes,[36] el cual exige que ciertas materias deban ser directamente reguladas por el legislador mediante la expedición de leyes y no a través de regulaciones de menor jerarquía como lo son los decretos de carácter reglamentario."

4.3. Por su parte, junto al mandato de velar por el estricto cumplimiento de la ley (CP, artículo 189.10), el numeral 11 del artículo 189 la Constitución inviste al Presidente de la República con la potestad reglamentaria que, entre otras normas superiores, resulta necesaria para lograr la efectividad del ordenamiento jurídico. De hecho, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria el Ejecutivo debe expedir actos administrativos dirigidos a desarrollar el propósito de la legislación, de modo tal que "(conviertan) en realidad "el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real (...) [54]"(el énfasis es del texto citado).

4.4. De cara a cargo ahora en examen la Sala ve necesario señalar que la potestad reglamentaria tiene unas precisas limitaciones de cuyo respeto depende el imperio del sistema democrático. Entre estas limitaciones, "que no son otr(a)s que la Constitución y la ley misma" se encuentran: (i) su carácter "inalienable, intransferible e inagotable[199] (que)"se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos"[200], (particularmente) su facultad de configuración normativa"; (ii) la obligación de que la mencionada potestad se ejerza únicamente sobre las disposiciones de la ley a reglamentar, no resultando posible que la misma se utilice "para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esa potestad"; y (iii) aquella según la cual la mediante dicha potestad no se puede ampliar, restringir o modificar el contenido de la ley, estando el reglamento subordinado a la ley a reglamentar y limitándose a prever su cabal ejecución

“dentro de un ámbito estrictamente administrativo” que no implique una extralimitación de sus funciones.

4.5. En suma, así como reserva de ley exige que “los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal”, de tal exigencia se desprende que la Constitución reconoce que la competencia del Congreso no vacía de contenido la potestad que tiene el Ejecutivo para reglamentar las leyes. Sobre este particular existe reiterada jurisprudencia de la Corte que la Sentencia C-400 de 2013 sintetizó de la siguiente manera:

“A pesar de la potestad exclusiva que tiene el Congreso para regular las materias que en virtud de normas constitucionales tienen reserva de ley, el precedente en comento ha reconocido que esta condición no conlleva el vaciamiento de la competencia del reglamento para desarrollar aspectos puntuales de materias dispuestas por el legislador, cuando ella se circunscriba a reglas específicas, intrínsecamente relacionadas con la debida ejecución de la ley de que se trate. En criterio de la jurisprudencia constitucional, ‘en muchos casos, la naturaleza misma de las materias objeto de regulación no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias a efectos de permitir su cumplida ejecución, y que en tales casos el contenido de la reserva está referido al núcleo esencial de la materia reservada, de tal manera que el reglamento se limite a desarrollar, complementar y precisar lo que ya ha sido de manera expresa contemplado en la ley.’ Quiere lo anterior decir que corresponde al legislador regular directamente el núcleo de las materias reservadas, el objeto propio de la reserva, sin perjuicio de la posterior especificación que, en ciertos supuestos, se deje a la actuación administrativa.”

En otras palabras, la reserva de ley y la potestad reglamentaria son dos instituciones de estirpe constitucional cuya conjunción resguarda el principio democrático y la separación de poderes, al tiempo que permite la efectiva operatividad de la legislación.

4.6. Para resolver el cargo la Sala inicialmente recuerda que sobre el EGCP -que conforma la Ley 80 de 1993 con sus concordancias y modificaciones- la Corte ya se ha pronunciado sobre el alcance de su reserva de ley.

4.6.1. Por ejemplo, en Sentencia C-949 de 2001 la Corte abordó una demanda contra varios artículos legales, entre ellos el artículo 76 de la Ley 80 según el cual las entidades estatales dedicadas a la exploración, explotación y comercialización podían determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deberían sujetarse. De acuerdo con la demanda, dicha posibilidad de las mencionadas entidades estatales vulneraba la reserva de ley de la Ley pues, como se expuso en dicha providencia, la norma del caso “deja los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables bajo el amparo de la legislación especial que les sea aplicable y de los reglamentos internos de las entidades estatales” y que “(e)l legislador no puede delegar esta facultad, el Estatuto debe ser único para que haya coherencia, armonía e integridad de materia.” No obstante, luego de señalar -a modo de ratio- que “(no) es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística, por cuanto una concepción de esa naturaleza significa que el constituyente quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la administración respecto de los contenidos normativos, que al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demandan una regulación ágil y expedita que permita lograr la debida ejecución de la ley” (énfasis fuera de texto), la Sala negó el cargo recién expuesto aduciendo que con la mencionada facultad de las referidas entidades estatales “simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la Ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada por la ley.”

4.6.2. Posteriormente, en Sentencia C-508 de 2002 este Tribunal negó que la reserva legal se viera violada por el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 80 que le encargó al Presidente de la República la expedición del reglamento de la contratación directa como modalidad de selección objetiva. Como fundamento de su decisión, tras aludir a la ratio de la citada Sentencia C-949 de 2001, la Sala manifestó que “fue el legislador, de manera específica, quien señaló que uno de los modos de contratar la administración, es el de la contratación directa, pero no en todos los casos sino únicamente en aquellos que señaló de manera específica en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, a los cuales le son aplicables los principios generales que rigen la contratación pública, pues así lo dispuso la propia ley desde su artículo primero y lo señaló, además, en el artículo 23”, a lo que agregó que “el marco para la expedición del reglamento respectivo se encuentra circunscrito, como ya se dijo, por la Constitución y las leyes, lo que indica a las claras que no se trata de que el legislador se haya desprendido de su función de hacer la ley en esa materia, sino que, al regularla como lo hizo dejó un margen de acción al reglamento, pero desde luego en los precisos términos que al efecto señala el artículo 189, numeral 11 de la Carta Política.”

4.6.3. Luego, mediante Sentencia C-711 de 2012 la Corte estudió una demanda contra el artículo 223 del Decreto Ley 019 de 2012; norma que eliminó el Diario Único de Contratación, previó la publicación de los contratos estatales en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- administrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, y consecuentemente derogó el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Según la mencionada sentencia, en la demanda se alegaba que el Presidente de la República habría usurpado la cláusula general de competencia legislativa y la reserva legislativa del Congreso de la República “ya que el artículo 150 numeral 10 de la Constitución impide que el Gobierno dicte normas con fuerza de ley respecto de leyes estatutarias y el mismo artículo 150 numeral 25 -inciso final- le entrega al Congreso de la República la facultad exclusiva de expedir el “Estatuto General de Contratación”; cargo que la Sala negó tras manifestar que el EGCP “no corresponde con el tipo de leyes estatutarias, y su naturaleza y proceso de expedición es el propio de las leyes ordinarias.”

4.6.4. Finalmente, en reciente Sentencia C-119 de 2020, invocada por el Ministerio Público en su intervención, la Corte declaró exequible que el Gobierno nacional pudiera adoptar “documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras” de obligatoria utilización “por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten (...) y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. En soporte de su decisión esta Corporación sostuvo que el EGCP no puede contener “una regulación detallada, precisa o casuística de los aspectos más concretos y operativos de cada contrato, sino que debe dejar espacio, tanto al poder reglamentario del Presidente de la República, como a la adaptación concreta de cada contrato, como instrumento de cumplimiento de fines de interés general, a la necesidad que se pretende satisfacer en la entidad pública contratante”.

4.7. En sintonía con la anterior línea, el Consejo de Estado ha reconocido los límites de la potestad reglamentaria sobre el EGCP. Por ejemplo, mediante Fallo 37785 del 29 de agosto de 2012 el máximo tribunal de lo contencioso administrativo declaró la nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 17 de septiembre de 2009 expedido por el Gobierno nacional; artículos estos mediante los cuales se señaló que habrían “establecido una modalidad de contratación no dispuesta en el artículo 2º de la ley 1150 de 2007”. Y en soporte de su decisión el referido tribunal sostuvo que:

“(l)a potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de “principios” como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y pormenores de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley. Lo contrario, sería tanto como afirmar que el ámbito de la ley y el del reglamento son idénticos. De modo que aunque la jurisprudencia constitucional, a partir de lo prescrito en el artículo 150 superior in fine, sostiene que por medio de reglamento administrativo es posible regular las modalidades de selección, no puede so pretexto de ello,

invadir el ámbito propio del legislador para crear un mecanismo nuevo no previsto por la ley, habida cuenta que: “la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993 [y la de las normas que la modifiquen o adicionen], se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política” (énfasis fuera de texto)

4.8. En el cargo sub examine se cuestiona que mediante el parágrafo 2º demandado el Legislador le haya conferido al Ejecutivo la potestad de reglamentar el procedimiento que deberá seguir la Administración en el evento en que sobre un contratista del Estado sobrevenga alguna de las inhabilidades o incompatibilidades de que trata el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, a efectos de que el contrato a cargo de dicho contratista sea cedido a un tercero; todo ello con arreglo al mandato que prevé el artículo 9º de la Ley 80 de 1993.

4.9. De la lectura de los actuales artículos 8º y 9º de la Ley 80, la Sala advierte que mediante la Ley 2014 de 2019 el Legislador adicionó las inhabilidades sobrevinientes que ya contemplaba el EGCP con una dirigida a implementar “(l)a terminación unilateral de los contratos estatales de personas responsables de actos de corrupción” (numeral 1 supra).

4.10. En desarrollo de la anterior política el Legislador describió con suficiente detalle los sujetos pasivos de esta nueva inhabilidad. Como se señaló en precedencia, tales sujetos son:

i. (i) los contratistas que hayan sido administrativamente sancionados por actos de

corrupción;

() las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por “cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias” (ver Anexo 1);

() las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por “cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional”;

() “las sociedades de las que hagan parte (los contratistas señalados bajo los literales (ii) y (iii) supra) en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”;

() “las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado”; y

() permanentemente, “las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y (...) las personas naturales que hayan sido

declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal”.

4.11. El Legislador también previó que, dependiendo del tipo de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente en que incurrieran los contratistas del Estado, estos estarían sujetos a unas consecuencias distintas: (i) la cesión relativamente voluntaria del contrato estatal que ocurre cuando sobre contratista sobreviene cualquier incompatibilidad o, salvo las que contempla el párrafo 1º demandado, la generalidad de las inhabilidades que prevé el artículo 8º del EGCP; y (ii) la cesión obligatoria y unilateralmente ordenada por la entidad estatal, que excepcionalmente opera cuando, como se desprende del párrafo 1º del artículo 9º del EGCP, el contratista es sancionado administrativamente por actos de corrupción o cuando se trata de las inhabilidades sobrevinientes que contempla el literal j) del numeral 1º del artículo 8º ídem (ver numeral 1 supra).

4.12. Es claro, entonces, que el Legislador se ocupó de definir tanto las conductas que darían lugar a las inhabilidades o incompatibilidades de los contratistas del Estado (Ley 80 de 1993, artículo 8º), como las consecuencias contractuales para los sujetos que incurriera en dichas conductas; sin llegar a establecer el procedimiento a través del cual dichas consecuencias podrían efectivamente implementarse, por lo que difirió tal asunto a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, otorgándole para el efecto un “término no mayor a seis (6) meses”.

4.13. De lo expuesto en el presente numeral podría pensarse que la potestad reglamentaria a que alude el párrafo 2º demandado, para reglamentar el procedimiento de las cesiones de los contratos que prevé el párrafo 1º, sería perfectamente compatible con la Constitución. Esta afirmación se sustenta en las siguientes razones:

4.13.1. Aun cuando uno de los asuntos en donde la reserva de ley es estricta remite a la expedición de códigos legales en todos los ramos de la legislación, inclusive cuando se trata

de códigos procesales (CP, artículo 150.2), la jurisprudencia ya ha establecido que el EGCP no encaja dentro de dicha categoría.

4.13.2. En el mundo del derecho, por procedimiento se entiende un conjunto de reglas jurídicas dirigidas a ordenar y regular un determinado proceso jurídico. Se trata, pues, de ordenamientos jurídico-instrumentales exclusivamente encaminados a la efectiva implementación del derecho sustancial, teleológicamente dirigidos a la efectivización de este. Son, entonces, reglamentos administrativos mediante los cuales, so pretexto de implementar las normas sustantivas, no pueden invadir el ámbito propio del legislador para crear una disposición sustancial no prevista por la ley.

4.13.3. En este orden, el procedimiento a que alude el párrafo 2º demandado no podría sino prever los pasos y formas dirigidas a implementar las consecuencias que el Legislador previó en caso de que, sobre los contratistas estatales, sobrevinieran las inhabilidades o incompatibilidades que la ley previó para la contratación pública; esto es, al procedimiento de las cesiones contractuales que señala el artículo 9º de la Ley 80. Es decir, la reglamentación del procedimiento que el párrafo 2º demandado le encargó al Ejecutivo no se referiría a ningún elemento esencial de la ley pues mediante esta el Legislador ya habría previó tanto las causas que dan lugar a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes (Ley 80, artículo 8º), como las consecuencias contractuales de estas últimas (Ley 80, artículo 9º), bastando con que se establecieran los pasos que debería seguir la Administración para permitir la operatividad de dichas consecuencias.

4.14. No obstante lo anterior, al margen de que el mecanismo de selección del cesionario correspondiente no puede ser sino el de la selección objetiva que ya regula el EGCP – todo ello, por supuesto, dentro del marco del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de igualdad que contempla la Carta Política como reglas mínimas sustantivas inherentes a cualquier procedimiento administrativo y judicial-, la Corte verifica que el reglamento de la cesión contractual que prevé el artículo 9 de la Ley 80 no es un asunto que el Legislativo

pueda ordinariamente delegar en el Ejecutivo.

Sobre este particular, al tratar sobre los procedimientos administrativos especiales y su relación con el Código Contencioso Administrativo, en Sentencia C-510 de 2004 la Corte explicó que:

“i) el Código Contencioso Administrativo no agota la regulación de todos y cada uno de los procedimientos que se surten ante las autoridades administrativas; ii) paralelamente al procedimiento general regulado en el Código Contencioso Administrativo existen procedimientos administrativos especiales, a los que solo de manera supletiva se aplican las disposiciones del Código Contencioso Administrativo; iii) que la regulación de un procedimiento administrativo especial no comporta la modificación de las disposiciones contenidas en el libro I del Código Contencioso Administrativo; iv) que dado lo anterior, el Legislador bien puede conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República para que regule procedimientos administrativos especiales, total o parcialmente, sin contrariar la prohibición que en materia de modificación de Códigos contiene el artículo 150-10 superior.” (Salvo los numerales, el énfasis es fuera de texto)

Es decir, la delegación en el Ejecutivo para regular un procedimiento administrativo como ciertamente lo es el que contempla el parágrafo 2º demandado, solo puede ocurrir cuando el Ejecutivo lo faculta extraordinariamente para el efecto con arreglo a lo previsto en el artículo 150 (numeral 10) superior. Tal situación se justifica si se considera que, como lo ha reiterado recientemente el Consejo de Estado, “mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la Administración y el ciudadano, esto es, con efectos extra-orgánicos , y si la ley no regula estos mínimos procedimentales será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 2º del CPACA, como norma supletoria para estos casos”.

4.15. Abundando en razones, se tiene que el numeral 1 del artículo 3 del propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2001, CPACA- señala que “en virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley.” Y esta Corporación, sobre el principio de legalidad en materia de procedimiento administrativo, en Sentencia C-252 de 1994 sostuvo lo siguiente:

“Estima la Corte, que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la ley (...)” (Negrillas fuera del original)

Esta posición fue posteriormente reiterada en la Sentencia C-510 de 2004, cuando la Corte expresó:

“Esta Corporación ha señalado reiteradamente que las reglas procesales, como desarrollo del derecho al debido proceso, deben provenir de regulaciones legales razonables y proporcionales al fin para el cual fueron concebidas, de manera que permitan la realización del derecho sustancial. En este sentido ha advertido que el artículo 29 de la Carta Política prevé el derecho al debido proceso, como una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados. El establecimiento de esas reglas mínimas procesales tiene fundamentalmente un origen legal. En efecto, el legislador, autorizado por el artículo 150, numerales 1o. y 2o., de la Constitución Política, cuenta con una amplia potestad de configuración para instituir las formas, con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas que surjan entre las personas.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Y en el mismo sentido, en la Sentencia T-1308 de 2005 la Corte Constitucional conceptuó en el siguiente sentido

“4. La Constitución Política, en el artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Como lo ha reconocido esta Corporación, el debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las potestades de la Administración, cuando en virtud del inicio de las mismas puedan llegar a comprometerse los derechos de los administrados.

De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley[4].Al respecto, la Corte ha determinado que:

“El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia ‘de la plenitud de las formas propias de cada juicio’, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso” [5].

De suerte que el debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente establecida en la ley, como también las funciones que les corresponden cumplir y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4° y 122).

Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite normativo al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades del Estado únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el ordenamiento jurídico, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley. Ello es así, por una parte, porque los administrados conocerán de antemano cuáles son los medios que tienen para controvertir e impugnar lo resuelto en su contra, y por la otra, porque sabrán los términos dentro de los cuales deberán presentar las alegaciones y recursos procedentes a su favor.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Por su parte, el Consejo de Estado ha dejado clara la existencia de reserva de ley para la creación y modificación de procedimientos, incluidos los administrativos. En este sentido dijo:

“6.4.- Finalmente, esta misma ratio es predicable en cuanto a la creación o modificación de

los procedimientos administrativos punto éste en el cual también cabe destacar que el diseño constitucional colombiano erige al legislador, por regla general, como autoridad normativa competente para el efecto, como se desprende, por una parte, del artículo 150.2 superior “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 2. Expedir código en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones” y por otro tanto de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido que “los procedimientos administrativos especiales constituyen materia esencial y básica de la primera parte del C.C.A que regula los procedimientos administrativos” y todo nuevo procedimiento especial “necesariamente debe hacerse por el legislador y no a través de facultades extraordinarias” , esto no hace más que confirmar la tesis expuesta según la cual la regulación normativa sobre procedimientos administrativos especiales constituye privilegio y reserva del legislador.” (Negrillas fuera del original)

4.1. Finalmente la Sala considera necesario reiterar que la determinación del cesionario en la cesión de que trata el artículo 9º de la Ley 80 debe, como todo proceso de selección del contratista de la Administración Pública, ajustarse al principio de selección objetiva; principio este que, como ya lo ha señalado la jurisprudencia, tiene reserva de ley.

Por lo expuesto, la Corte accederá a la solicitud de inexecutable del parágrafo 2º que la Ley 2014 de 2019 le adicionó al artículo 9º de la Ley 80 de 1993.

VIII. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- INHIBIRSE de pronunciarse sobre los cargos presentados contra las expresiones demandadas del párrafo 1º que la Ley 2014 de 2019 le añadió al artículo 9º de la Ley 80 de 1993.

SEGUNDO.- INHIBIRSE de pronunciarse sobre los cargos presentados contra el artículo 9A que la Ley 2014 de 2019 le añadió la Ley 80 de 1993.

TERCERO: Declarar INEXEQUIBLE el párrafo 2º que la Ley 2014 de 2019 le añadió al artículo 9º de la Ley 80 de 1993.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

Presidente

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-037/21

Referencia: Expediente D-13.704

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del artículo 6º y la totalidad del 8º de la Ley 2014 de 2019, “Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me aparto de la decisión de inexequibilidad del parágrafo 2º del artículo 9º de la Ley 80 de 1993, adicionado por la Ley 2014 de 2019, por las siguientes razones:

En primer lugar, la reglamentación prevista respecto del procedimiento de cesión del contrato estatal no desconoce por sí misma la reserva de ley, puesto que se limita a los aspectos operativos y técnicos de dicha cesión contractual.

En segundo lugar, el señalamiento de un plazo a la reglamentación que le compete al Gobierno no implica limitación alguna al ejercicio de su potestad reglamentaria, en la medida que esta potestad puede ejercerla en cualquier tiempo.

A mi juicio, bastaba que la Sala Plena precisara, en los términos de la jurisprudencia constitucional, cuál era el ámbito de reglamentación que le competía al Gobierno en relación con el mencionado procedimiento y así declarar en consecuencia, la exequibilidad del parágrafo 2º aludido.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-037/21

Ref.: Expediente D-13704

Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del artículo 6º y la totalidad del 8º de la Ley 2014 de 2019, “[p]or medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”.

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala Plena sobre la inexecutable del párrafo 2º del artículo 6º de la Ley 2014 de 2019 (por cuanto dicha norma desconoce la reserva de ley para la configuración de los procedimientos de selección de contratistas del Estado) y la decisión de inhibirse sobre los demás cargos presentados en la demanda, respetuosamente, aclaro mi voto con el fin de indicar algunas precisiones que estimo relevantes para el presente caso sobre la competencia del Congreso y la novedosa figura de la cesión obligatoria del contrato estatal.

1. 1. Particularmente y como ha sido reconocido por esta corporación, en relación con el referido párrafo 2º, la reserva de ley en materia de los procedimientos de selección de contratistas del Estado comprende, además de la determinación de las modalidades de selección —en concreto licitación pública, selección abreviada, contratación directa, concurso de méritos y mínima cuantía—, el establecimiento de las causales de procedencia concreta de cada una de dichas modalidades. Es por ello por lo que, en el presente caso, no era posible que el Legislador atribuyera al Gobierno Nacional la facultad de reglamentar el

procedimiento de cesión unilateral del contrato, considerando que ello implicaría un nuevo procedimiento de selección del contratista cesionario, cuya regulación está adscrita a la competencia del Legislador, en los términos del aparte final del artículo 150 de la Carta Política y la jurisprudencia constitucional.

2. Por otro lado, concretamente, en lo que respecta a la cesión unilateral obligatoria del contrato estatal (parágrafo 1° del artículo 6° de la Ley 2014 de 2019), la ineptitud de la demanda consistió, fundamentalmente, en que los accionantes atribuyeron a la norma consecuencias que no se derivaban de ella (ausencia de certeza). En efecto, para los demandantes, al disponer que la cesión unilateral del contrato excluye el derecho a la reparación de los daños que provoca tal decisión, se privaría al contratista de la posibilidad de obtener el pago de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción por parte de la entidad contratante. Tal interpretación resulta equivocada, porque, además de no surgir de la norma demandada, confunde la ausencia de indemnización derivada del acto administrativo que ordena la cesión unilateral del contrato estatal, con los posibles reconocimientos a los que pueda tener derecho el contratista en virtud de un eventual laudo arbitral o sentencia judicial proferida en relación con el respectivo contrato estatal.

3. La cesión obligatoria es una potestad unilateral novedosa que pretende garantizar la continuidad en la ejecución de los contratos estatales cuyos contratistas han sido cobijados con la inhabilidad sobreviniente contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente hayan sido sancionados por actos de corrupción, dado que la continuidad en la ejecución de tales contratos resulta benéfica para el interés general. En principio, se trata de una figura que resulta de la ponderación de intereses hecha por el Legislador, que (i) permite la continuidad de los negocios jurídicos con otro contratista, (ii) materializa el postulado de primacía del interés general consagrado en la Constitución, (iii) no crea derecho alguno a ser indemnizado en cabeza del contratista sancionado por corrupción o cobijado por la inhabilidad sobreviniente contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 (por la cesión ordenada administrativamente) y, (iv) no excluye la posibilidad de demandar judicialmente la nulidad

de aquellos contratos estatales que resulten viciados por los actos de corrupción, entre otras pretensiones.

4. En efecto “(...) los países afectados por [hechos] de corrupción se encuentran frente a una difícil encrucijada, con desafíos de compleja resolución. Los gobiernos se han visto obligados, por un lado, a adoptar medidas tendientes a evitar la impunidad y castigar a los responsables de los hechos de corrupción y, por el otro, a asegurar la continuidad de los grandes proyectos de infraestructura para impedir el deterioro de la economía local como consecuencia de una eventual interrupción de las obras que a su vez acarrearía desempleo y una potencial reducción en el flujo de inversiones”.

5. En este contexto, en el evento de que se presenten alguno de los dos supuestos contemplados en el párrafo 1° del artículo 6° de la Ley 2014 de 2019 (esto es, la inhabilidad sobreviniente del literal “j” del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, o cuando administrativamente se haya sancionado al contratista por actos de corrupción), la entidad estatal contratante se encontraría ante la obligación de ordenar mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral del contrato y adoptar las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado (lo que resulta en una materialización de las facultades de dirección general de la ejecución del contrato, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993). En este caso, es claro que la entidad estatal contratante deberá garantizar la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad contratante, de conformidad con las modalidades de selección objetiva establecidas por el Legislador.

6. De este modo, cuando las entidades estatales deban garantizar la continuidad en la ejecución del respectivo contrato estatal ante la obligatoriedad de cederlo y la imposibilidad de renunciar a su ejecución, debido a la configuración de la inhabilidad sobreviniente contemplada en el literal j) del numeral 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, o dado que el contratista fue sancionado administrativamente por actos de corrupción, la selección del

contratista que vaya a continuar con la ejecución del proyecto es una decisión reglada, que deberá tener en cuenta las modalidades de selección objetiva establecidas por el Legislador. Esencialmente, esta forma de determinar la selección del cesionario del contrato estatal permite asegurar la continuidad de los proyectos, el cumplimiento de los fines estatales y materializar el interés público del conjunto de la sociedad.

En los anteriores términos, y con el debido respeto por las decisiones de la mayoría, dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado