

Sentencia C-089/16

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Indicación precisa del objeto demandado, el concepto de violación y la razón por la cual la Corte Constitucional es competente

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carga mínima de argumentación

La adecuada presentación del concepto de la violación permite a la Corte, junto con otros aspectos que la jurisprudencia ha delimitado, desarrollar su función en defensa de la Constitución en debida forma, pues circunscribe el campo sobre el cual hará el respectivo análisis de constitucionalidad. Esta carga mínima de argumentación que debe exponer el ciudadano, resulta indispensable para adelantar el juicio de constitucionalidad a pesar de la naturaleza pública e informal que caracteriza a la acción de inconstitucionalidad. De no atenderse dicho presupuesto podría generarse la inadmisión de la demanda, su posterior rechazo de no subsanarse, o un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial del escrito con el que se pretende incoar la acción. Estas consecuencias no implican una restricción de los derechos políticos del demandante, pero sí el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente al juez constitucional, para proferir un pronunciamiento de fondo.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-
Ausencia de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia en los cargos de
inconstitucionalidad

Referencia: expediente D-10980

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 (parcial) de la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

Demandante: Henry Fabián Rodríguez Gómez.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados María Victoria Calle Correa quien la preside, Luís Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luís Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Henry Fabián Rodríguez Gómez presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 (parcial) de la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y

sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” por considerar que vulnera los artículos 13, 25, 26, 53 y 209 de la Constitución.

Mediante auto del 15 de septiembre de 2015, la demanda fue inadmitida por no satisfacer los requisitos para que se pudiera estructurar un cargo de inconstitucionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. En particular, el auto se refirió al incumplimiento de los requisitos de certeza, especificidad y suficiencia. No obstante, le fue concedido al actor un plazo de tres (3) días para corregir la demanda o, de lo contrario, ésta sería rechazada.

Mediante escrito del 22 de septiembre de 2015 el demandante presentó corrección de la demanda. En ésta indicó de nuevo la expresión de la norma demandada, señaló que la misma violaba el derecho a la igualdad y quiénes eran los sujetos que hacían parte del sistema de compras y contratación pública. Igualmente, hizo un recuento de los “postulados constitucionales bajo los cuales se ha establecido de manera clara que la contratación estatal debe estar enmarcada dentro del principio de igualdad”[1]. En este sentido, hizo referencia al desarrollo jurisprudencial de la cláusula de igualdad y afirmó que en el caso el trato injustificado era evidente para los consultores, asesores e interventores, pues se imponía un sistema de responsabilidad diferente a los demás partícipes del sistema de contratación pública.

El demandante guardó silencio sobre los demás cargos planteados en la demanda inicial.

Mediante auto del 6 de octubre de 2015, la demanda fue rechazada frente a los cargos de violación de los artículos 25, 53 y 209 de la Constitución, por no haber presentado correcciones, y admitida respecto de los cargos de vulneración de los artículos 13 y 26 de acuerdo con las correcciones presentadas. En la misma providencia se ordenó: (i) comunicar a las autoridades pertinentes; (ii) invitar a diferentes organizaciones a participar para que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de la norma parcialmente demandada; (iii) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; y (iv) correr traslado al señor Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la

demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” y se subrayan las expresiones objeto de la demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1474 DE 2011

(julio 12)

Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 82. RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVENTORES. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades,

derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley”.

El ciudadano señala que las expresiones demandadas del artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 violan los artículos 13 y 26 de la Constitución toda vez que generan una restricción que pone a cargo de los consultores, asesores e interventores los perjuicios derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido las actividades de asesoría, consultoría o interventoría. En este sentido, sostiene que al extender la responsabilidad al cumplimiento de las obligaciones que deben ser ejecutadas por el contratista principal crea un trato desigual respecto de los otros partícipes del sistema de compras y contratación pública.

Así, señala que los otros partícipes son “las entidades estatales que adelantan procesos de contratación, la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, los oferentes en los procesos de contratación, los contratistas, los supervisores, las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y la Ley”[4].

Para el demandante, el trato desigual consiste en que los asesores, consultores e interventores son llamados a responder por actuaciones u omisiones que desbordan su objeto contractual, mientras que ningún otro partícipe del sistema de contratación pública está llamado a responder por aquellas actuaciones u omisiones que se salgan del objeto contractual, lo que genera una responsabilidad civil objetiva. Así, explica que la responsabilidad para las entidades estatales comprende abstenciones, hechos, y omisiones antijurídicas imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. De otra parte, considera que la responsabilidad de los contratistas se circunscribe a sus acciones y omisiones en la actuación contractual. En su concepto, esta distinción genera que la responsabilidad de asesores, consultores e interventores se extienda a la responsabilidad por el cumplimiento de obligaciones del contratista principal, lo que resulta desproporcionado e inconstitucional.

Respecto de la violación del artículo 26 que garantiza el derecho a la libertad de ejercicio de

profesión u oficio, señala que las expresiones acusadas crean una situación desigual que limita las posibilidades de participación de consultores, asesores e interventores en el sistema. En su concepto esta diferencia de trato es una restricción o carga adicional para estos profesionales y, por lo tanto, un desincentivo injustificado que vulnera el derecho a ejercer libremente su profesión u oficio.

IV. INTERVENCIONES INSTITUCIONALES

1. Cámara Colombiana de la Infraestructura

El director jurídico de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, en representación de la entidad, solicita que se declare inexecutable la expresión “respecto de los cuales han ejercido o ejerzan las actividades”[5] contenida en el artículo 82 de la Ley 1474 de 2001 por violar el principio de igualdad y limitar el derecho a escoger libremente una profesión y oficio.

El interviniente sostiene que, en efecto, la disposición acusada viola el derecho a la igualdad puesto que los consultores, asesores e interventores “son los únicos sujetos dentro del sistema de contratación, sobre los cuales recae un esquema de responsabilidad diferente al previsto para los demás partícipes (contratistas, oferentes, supervisores, entidades estatales), quienes solo deberán responder por las acciones u omisiones enmarcadas dentro de su objeto contractual”[6]. En este sentido, considera que dicha diferencia genera un trato discriminatorio para el grupo mencionado.

Adicionalmente, afirma que no es proporcionado concluir que dicho trato es legítimo con fundamento en que las actividades de estructuración, supervisión y control que estos cumplen son de especial importancia para la gestión contractual del Estado, pues son los contratos los que establecen las obligaciones y consecuencias por los incumplimientos.

A su vez, indica que es impropio generar una responsabilidad diferente para un sujeto del sistema de contratación cuando el Estatuto de Contratación se creó con la finalidad de garantizar la pluralidad de oferentes de ahí que “no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados”[7]. De otra parte, sostiene que el Legislador no estableció una finalidad que permita aceptar un criterio diferenciador objetivo y razonado para el trato desigual.

Igualmente, considera que el cargo por violación a la libertad de profesión y oficio debe prosperar. Sostiene que, ya que el aparte acusado genera un trato diferente que desequilibra las relaciones en el sistema de contratación, dicha desigualdad constituye una limitación al derecho a ejercer la profesión libremente por “poner en riesgo la participación de un grupo determinado dentro de un sistema”[8]. En su concepto, la imposición de un sistema de responsabilidad excesivo para los interventores, consultores y asesores crea un desincentivo a la actividad empresarial. Por último, afirma que la norma genera una responsabilidad objetiva para los mencionados contratistas.

2. Sociedad Colombiana de Ingenieros

La presidenta de la Sociedad Colombiana de Ingenieros (SCI), actuando en representación de la institución, coadyuva las pretensiones de la demanda y solicita que “se declare inexecutable la expresión “respecto de los cuales han ejercido o ejerzan las actividades” contenida en el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011[9]. Adicionalmente, precisa que el aparte acusado viola el Preámbulo y los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución, pues la responsabilidad que se le endilga a los interventores, asesores y consultores se interpreta como la de un garante, lo que es equivocado ya que sus obligaciones no son las de garantizar la ejecución del contrato objeto de interventoría, asesoría o consultoría. A su vez, considera que la imposición de dicha responsabilidad a consultores, asesores e interventores vulnera el principio de buena fe, al adjudicarles responsabilidad por hechos que no fueron ejecutados por éstos. Además, sostiene que la responsabilidad objetiva del artículo 90 de la Constitución sólo aplica para el Estado y no entre sus colaboradores.

3. Colombia Compra Eficiente –Agencia Nacional de Contratación Pública

El secretario general de Colombia Compra Eficiente, actuando en representación de la agencia, solicita que se declare la constitucionalidad del aparte demandado, pues considera que la determinación de “diferentes grados de responsabilidad especiales para el ejercicio de ciertas profesiones” [10] hace parte de la libre configuración del Legislador “dado que la ley puede fijar condiciones y restricciones a los diferentes oficios y profesiones; cuando el ejercicio de aquellas tiene una mayor incidencia en el sistema”[11].

Para la agencia, las figuras de interventor, asesor y consultor en el marco de la contratación

pública “tienen una incidencia mayor en el sistema, pues sus funciones y decisiones en la ejecución de los contratos del Estado es muy importante, no sólo porque su actuar debe ajustarse a los principios y normas que orientan la función pública y administrativa; sino también porque los recursos que se emplean son públicos (...)”[12]. En este sentido, indica que la Corte Constitucional ha determinado que en ocasiones es admisible un tratamiento legislativo diferente y éste no viola el principio de igualdad, mientras que sea razonable y objetivo. Así, considera que este régimen de responsabilidad se fundamenta en la prevalencia del interés general, lo cual es razonable ya que estas personas ejercen una función pública transitoria.

El apoderado del Departamento Nacional de Planeación solicita que se declare la exequibilidad del aparte demandado o en su lugar la inhibición sobre el fondo[13].

En primer lugar, se refiere al desarrollo jurisprudencial del principio de igualdad y a su test que indica que para determinar si un contenido normativo viola este principio, primero se debe comprobar si se fundamenta en un criterio sospechoso, proscrito por la Constitución, y de ser así si dicho trato es válido. A su vez, cita la jurisprudencia de la Corte en relación con la intensidad del test que establece que ésta depende de diferentes elementos y es más estricto si involucra la afectación de personas que hacen parte de grupos marginados o discriminados o en situación de debilidad manifiesta.

En segundo lugar, señala que la jurisprudencia de la Corte le impone al Legislador “la tarea de diseñar un modelo de contratación que tenga en cuenta la limitada autonomía contractual del Estado y la finalidad de la contratación pública”[14]. A continuación, afirma que la autonomía contractual de las autoridades administrativas se encuentra limitada por las reglas del derecho público en materia de contratación. Así, sostiene que en estos casos no se está frente a una situación de igualdad entre las partes contratantes, “sino que una de ellas encuentra limitada su voluntad contractual, la cual se sujeta a severas prescripciones normativas, tanto en lo que al objeto del contrato respecta (cumplir los fines estatales), como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc”[15].

A su vez, señala que “la limitación en la participación de ciertos sectores en materia de contratación no conduce, irremediamente una afectación el (sic) principio constitucional

(...)"[16] y cita ejemplos de decisiones en las que se determina que para ciertos casos sólo es posible que el Estado contrate con cierto tipo de sujetos, por ejemplo, para el caso de la concesión del servicio de televisión, el contratante debía ser una persona jurídica o como lo dispuso la Sentencia C-298 de 2008 en materia de riesgos profesionales, es constitucional determinar un privilegio para la contratación de entidades públicas. En síntesis, señala que "el criterio según el cual la igualdad que se incorpora al ordenamiento admite diferenciaciones tomando en cuenta los sujetos y su condición así como las materias que se regulan. De este último punto se deriva el rigor del juicio que se realiza en cada caso. En los casos en que se comprometen derechos fundamentales se exige una racionalidad plenamente justificada y proporcional que se emparenta con el juicio de ponderación no así en temas económicos en los cuales el marco de configuración por parte del legislador es mucho más amplio. De otro lado, es importante tener en cuenta que la medida diferencial no debe afectar el núcleo esencial de la actividad que despliega la entidad que se dice discriminada. Teniendo en cuenta lo anterior, se ha admitido un tratamiento diferente aún en casos en los que existen empresarios de diversos sectores que pugnan por un mercado"[17].

En tercer lugar, hace un recuento de las protecciones que se derivan del derecho al debido proceso que han sido desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional. En particular, menciona las garantías a un juicio justo que incluyen la prueba de la culpa, el principio de contradicción y el derecho a la defensa, entre otros.

Sostiene que al revisar las normas cuestionadas "se observa que las mismas adaptan la consideración de establecer responsabilidades por el ejercicio de su función, lo cual no implica una determinación de responsabilidad objetiva ni que se deba responder por los hechos de un tercero"[18]. En este sentido, considera que el establecimiento de una responsabilidad fiscal y la solidaridad para los interventores, no implica la determinación de una responsabilidad objetiva, ni la vulneración de la presunción de inocencia.

Por último, afirma que no es posible realizar "un cotejo de los cargos formulados con la Constitución"[19] ya que los argumentos planteados por el demandante comprenden una serie de percepciones de carácter subjetivo que configuran una acusación indirecta. Así pues, considera que la demanda carece de precisión, suficiencia y claridad por lo que

solicita la inhibición de la Corte.

5. Ministerio de Justicia y del Derecho

El representante del Ministerio de Justicia y del Derecho solicita la declaratoria de exequibilidad de los apartes demandados, pues considera que el trato diferenciado para asesores, consultores e interventores si se encuentra justificado constitucionalmente.

En primer lugar, señala que la función del interventor recae directamente sobre el desarrollo del objeto contractual respecto del cual ejerce la interventoría, con el objetivo de que el contrato se desarrolle bajo las condiciones pactadas. A su vez, refiere los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 que establecen el alcance de las funciones de los interventores y supervisores. En este orden de ideas, considera que la norma acusada establece la responsabilidad solidaria de los interventores “que no hayan informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista”[20].

Asimismo, indica que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha dicho que la función de los interventores es la de la intermediación entre el contratista y la administración y le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado. Por lo tanto, plantea que “de su actuación depende que la administración adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener, durante su desarrollo y ejecución, las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en el contrato objeto de la interventoría”[21].

En la misma línea, cita la Sentencia C-088 de 2000, en la que la Corte encontró ajustada a la Carta la determinación de la responsabilidad solidaria “entre quienes concurren a la celebración y ejecución de un contrato, incluidos los asesores, consultores e interventores, cuando existan actos de corrupción que causen detrimento de los recursos públicos”[22]. En este sentido, resalta que el texto mismo de la norma a la cual corresponden los apartes normativos acusados “establecen las condiciones que justifican la responsabilidad del interventor, asesor o consultor, por las irregularidades en la celebración y ejecución del contrato sobre el cual recae la asesoría, interventoría o consultoría”[23] que comprende los hechos u omisiones que le sean imputables, lo que se determina en el marco del debido proceso y el respeto del derecho de defensa.

Por último, sostiene que los interventores cumplen una función que trasciende la de los demás contratistas, pues de éstos depende el desarrollo del contrato y por ello se justifica un trato diferente.

6. Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Los representantes de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario solicitan que la Corte se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda. En subsidio, solicitan la declaratoria de constitucionalidad de la norma parcialmente demandada.

Los intervinientes, primero, presentan un análisis sobre la inexistencia de cosa juzgada respecto de la Sentencia C-338 de 2014, ya que en dicha oportunidad la Corte conoció de una demanda contra la responsabilidad fiscal que establece la disposición acusada, no obstante, la “acusación que ahora se plantea es sustancialmente diferente de aquella abordada en la Sentencia C-338 de 2014, de forma que no hay lugar a que se configure el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (...)”[24].

En segundo lugar, afirman que la demanda carece de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. En cuanto al requisito de certeza, sostienen que el demandante, si bien acusa un contenido normativo específico, le atribuye “efectos que no corresponden con su contenido real”[25]. Es decir, la demanda se estructura alrededor de su interpretación personal de la norma, pues “de su contenido no se desprende que haya una discriminación ni que por tal razón se desincentive la participación de interventores, contratistas y asesores en la dinámica de la contratación pública”[26], pues estas afirmaciones son supuestos hipotéticos del demandante.

Igualmente, señala que la demanda carece de especificidad, pertinencia y suficiencia, pues el demandante trae algunos argumentos de orden jurídico que plasma en el desarrollo del test de igualdad, pero no son pertinentes, pues parten de su interpretación de la norma. De otra parte, sostiene que no se demuestra cómo la norma crea un trato discriminatorio y por qué ese trato puede llegar a generar un desincentivo para los particulares en el sistema de contratación pública.

De otra parte, consideran que la atribución de responsabilidad que se acusa no limita el

derecho al trabajo o a elegir libremente profesión u oficio, pues parte de una comprensión hipotética y personal de la norma. Por último, presentan consideraciones sobre las diferencias conceptuales entre los contratos de interventoría, asesoría externa y consultoría y de la imprecisión en la que se incurre al referirse de forma indistinta a la responsabilidad en la celebración y ejecución de los contratos. Lo anterior pues los interventores ejercen sus funciones en la ejecución de los contratos, mientras que los asesores o consultores pueden hacerlo desde la fase precontractual. En este sentido, estiman desproporcionado que se le extienda la responsabilidad al interventor a la fase precontractual, donde no se encuentra vinculado.

V. INTERVENCIONES EXTEMPORANEAS

Una vez vencido el término de intervención para los invitados a participar y de fijación en lista, se recibió un escrito del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad del Externado.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda por no cumplir con los requisitos establecidos para estructurar un cargo por violación al principio de igualdad.

Para la Vista Fiscal, el demandante no determinó los sujetos respecto de los cuales se predica el juicio de igualdad. Es decir, “los sujetos con los cuales se debe comparar el primer grupo identificado en la demanda, como tampoco la razón por la cual ese supuesto grupo deba recibir un trato análogo al segundo”[28]. Adicionalmente, sostiene que es evidente que los diversos actores del sistema de contratación cumplen roles diferentes, y por ello no son comparables. De esta forma, el Legislador puede tratarlos de forma diferenciada. Más allá, sostiene que el accionante no indica porque todos los actores deben tratarse de forma análoga, a pesar de tener una característica en común: la participación en el sistema de contratación pública.

De otra parte, la Procuraduría considera que el cargo de violación del derecho a la libertad de escoger profesión u oficio tampoco es apto ya que carece de pertinencia, pues “éste se estructura a partir de considerar que el régimen de responsabilidad opera como un

desestimulo al ejercicio de ejercer el oficio de interventor o asesor que, por ende, impide su participación en el sistema de compras públicas”[29]. No obstante, sostiene que esta afirmación es “hipotética, pues la restricción reprochada sería el efecto práctico que podría tener la medida de ampliar el régimen de responsabilidad de los asesores, consultores e interventores, pero no una violación directa efectiva por parte de la libertad por parte de la norma acusada (sic)”[30].

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra un precepto que forma parte de una ley de la República.

Consideraciones previas: aptitud de la demanda

2. La Sala Plena advierte que el Departamento de Planeación Nacional, la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario y la Procuraduría General de la Nación solicitan a la Corte que declare la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda. Por lo tanto, en primer lugar, es preciso establecer si la demanda cumple con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para conocer de los cargos planteados.

3. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad[31]. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. La concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante[32] en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, pues

la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

4. En el caso de cargos por violación de la igualdad, ya sea porque las normas excluyan o incluyan de manera inconstitucional a grupos o a individuos, la jurisprudencia ha sistematizado los presupuestos para generar una mínima duda constitucional. La Sentencia C-257 de 2015[33] ha reiterado el tema, en el caso de un alegato en torno a tratos diferenciados que se consideran inconstitucionales, y ha dicho lo siguiente:

“12. Además de los requisitos generales, como lo reiteró la sentencia C-283 de 2014, una demanda de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad debe cumplir unos presupuestos específicos para activar el control de constitucionalidad, que básicamente tendrá la estructura de un test de comparación. Estos elementos son: i) los términos de comparación -personas, elementos, hechos o situaciones comparables- sobre los que la norma acusada establece una diferencia y las razones de su similitud[34]; ii) la explicación, con argumentos de naturaleza constitucional, de cuál es el presunto trato discriminatorio introducido por las disposiciones acusadas y iii) la exposición de la razón precisa por la que no se justifica constitucionalmente dicho tratamiento distinto, es decir por qué es desproporcionado o irrazonable[35]. Esta argumentación debe orientarse a demostrar que “a la luz de parámetros objetivos de razonabilidad, la Constitución ordena incluir a ese subgrupo dentro del conglomerado de beneficiarios de una medida”[36].”

En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, sólo tiene sentido en la medida en que se determine un patrón de igualdad, se identifique a los sujetos a comparar, se diga frente a qué derecho o interés se debe predicar la igualdad y se elabore con suficiencia las razones por las que no hay una justificación para la diferencia de trato.

5. La adecuada presentación del concepto de la violación permite a la Corte, junto con otros

aspectos que la jurisprudencia ha delimitado, desarrollar su función en defensa de la Constitución en debida forma, pues circunscribe el campo sobre el cual hará el respectivo análisis de constitucionalidad.

Esta carga mínima de argumentación que debe exponer el ciudadano, resulta indispensable para adelantar el juicio de constitucionalidad a pesar de la naturaleza pública e informal que caracteriza a la acción de inconstitucionalidad. De no atenderse dicho presupuesto podría generarse la inadmisión de la demanda, su posterior rechazo de no subsanarse, o un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial del escrito con el que se pretende incoar la acción. Estas consecuencias no implican una restricción de los derechos políticos del demandante, pero sí el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente al juez constitucional, para proferir un pronunciamiento de fondo[37].

6. El demandante afirma que la expresión acusada es contraria a los derechos a la igualdad y a la libertad de ejercicio de profesión u oficio consignados en los artículos 13 y 26 de la Constitución. Específicamente, sostiene que los apartes demandados configuran una responsabilidad objetiva para los interventores, asesores y consultores que es diferente a la establecida para los demás participantes del sistema de contratación pública. Así, señala que los otros participantes son “las entidades estatales que adelantan procesos de contratación, la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, los oferentes en los procesos de contratación, los contratistas, los supervisores, los interventores y las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y la Ley”[38] y que para estos no se ha establecido una responsabilidad que escapa el objeto de su contrato, por lo que los apartes demandados generan una discriminación injustificada para ese grupo de personas.

De otra parte, sostiene que la desigualdad que genera la adjudicación de ese tipo de responsabilidad genera una violación al ejercicio del derecho a la libertad de profesión u oficio, pues “limita las posibilidades de participación de consultores, interventores y asesores en el sistema de compras públicas, y por ende, limita el ejercicio de su profesión, menoscabando su derecho al trabajo”[39]. En este orden de ideas, afirma que el desempeño de una profesión debe ser desarrollado sin restricciones injustificadas por parte del Estado. Así pues, “las restricciones al ejercicio de una profesión u oficio deben referirse únicamente al desarrollo de una profesión y las consecuencias que derivan del mismo, con

el fin de proteger los derechos e intereses de todas aquellas personas que los requieren y esperan de ellos una actuación profesional y laboral capacitada”[40]. Para el demandante, la responsabilidad que se endilga a los asesores, interventores y consultores escapa estos límites.

En este orden de ideas, plantea que la medida adoptada carece de idoneidad, pues “el fin constitucionalmente legítimo de garantizar la transparencia en los procesos de contratación, se cumpliría estableciendo en cabeza de supervisores e interventores la responsabilidad por la omisión del deber de informar a la entidad correspondiente la comisión de posibles actos de corrupción, así como también, por no generar alertas oportunas sobre posibles casos de incumplimiento que afectarán la normal ejecución de los contratos”[41].

7. La Corte considera que como fue advertido por el Departamento de Planeación Nacional, la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario y la Procuraduría General de la Nación los cargos planteados no cumplen con los requisitos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia que se han establecido para los cargos de inconstitucionalidad por las siguientes razones.

En primer lugar, se advierte que la demanda carece de claridad sobre los apartes efectivamente acusados. En el escrito inicial de la demanda, se transcribe el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 y se subraya en negrilla dos apartes del artículo, a saber “respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan actividades” de primer inciso y “respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones”[42], del segundo inciso. En el escrito de corrección de la demanda, se indica que “tal y como fue mencionado en el escrito principal de la demanda, se evidencia que la expresión “respecto de las cuales haya ejercido o ejerza las actividades de consultoría o asesoría”, crea una restricción que vulnera de manera flagrante el derecho a la igualdad en los siguientes términos(...)”[43]. De lo anterior se desprende que no hay correspondencia entre lo que se acusa en el primer escrito y lo que se acusa en el escrito de corrección, pues este último incluye nuevas palabras del primer inciso y no hace referencia al contenido normativo del segundo inciso. En este sentido, no hay claridad sobre cuál es el contenido normativo efectivamente demandado.

8. Adicionalmente, la Corte verifica que no hay correspondencia entre los argumentos presentados y los apartes de la norma aparentemente demandados. Así, los argumentos

planteados reprochan la responsabilidad que se le atribuye a los asesores, interventores y consultores, pero en el señalamiento del contenido normativo demandado se excluyen expresiones que determinan esa responsabilidad. Por ejemplo, el aparte que indica que la responsabilidad parte de “los hechos u omisiones que les fueren imputables” y el que indica el tipo de responsabilidad, “los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente (...)”. Así, la exclusión de estos contenidos normativos y la omisión de presentar una justificación sobre cómo esto influye en la acusación de responsabilidad objetiva por contratos sobre los que se realizan asesorías, interventorías o consultorías configuran una insuficiencia en la demanda por falta de claridad.

9. De otra parte, como se advirtió, para que sea posible conocer de un cargo de igualdad es necesario que el demandante plantee los términos de comparación, es decir, las personas, elementos y hechos o situaciones que son comparables. En este caso, el demandante plantea que todos los participantes del sistema de contratación pública son iguales, por ser parte de éste. Dicha aseveración carece de suficiencia, pues no justifica cómo, un asesor, interventor y consultor es igual a otros contratantes del sistema de contratación pública. El demandante omite plantear cuál es la naturaleza y rol de los asesores, interventores y consultores en el sistema de contratación pública y cómo se encuentra en igualdad de condiciones que los ordenadores del gasto de las entidades estatales, la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, los oferentes en los procesos de contratación, los contratistas, los supervisores, las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana, que son los partícipes que menciona en la corrección de la demanda.

Es evidente que cada uno de estos sujetos tiene una naturaleza jurídica diferente, con roles distintos en el sistema de contratación pública. Por ejemplo, algunos son personas jurídicas y otros son personas naturales. Igualmente, la función de cada uno de esos actores en el sistema de contratación pública tiene una naturaleza particular, lo cual los pone *primaefacie* en posiciones distintas. Así pues, la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente[44] es una entidad estatal creada mediante decreto con funciones como la formulación de políticas públicas, planes y programas para optimizar la oferta y demanda en el mercado, la difusión de estas políticas, la coordinación interinstitucional, el desarrollo de compras electrónicas, entre muchas otras. Esas características son sustancialmente diferentes a las de un asesor, consultor o asesor, y el demandante no explica cómo, a pesar

de esas diferencias deben ser tratados de forma equivalente.

De otra parte, la referencia a los contratistas es ambigua, pues existen muchos tipos de contratistas para el Estado en el marco de la contratación estatal. Muchos se refieren a personas jurídicas, pero el tipo de contratista que el Estado requiere para un tipo de contrato depende de los términos o condiciones del mismo. Como ejemplo, muchos de esos contratos tienen como objeto la ejecución de obras, la compra de materiales, la ejecución de programas, entre un sin número de opciones de acuerdo con las necesidades del Estado. En este sentido, no es posible identificar las calidades de este tipo de sujeto que se propone como punto de comparación, por la indeterminación de la referencia genérica. Lo mismo sucede con los oferentes en los procesos de contratación y las organizaciones de la sociedad civil, pues su referencia también es general. Dentro de esta categoría existen muchos tipos de oferentes, al igual que organizaciones de la sociedad civil, que pueden tener misiones y objetivos distintos y circunscriben su ámbito de operación en diferentes sentidos. Por lo tanto, a partir de la determinación de sujetos de forma general que propone no es posible individualizar su calidad, características y funciones para poder establecer si existe o no una situación de igualdad en las posiciones en las que se encuentran frente al sistema de partícipes del sistema de contratación estatal.

Sin embargo, el demandante asevera que el ser parte del sistema los hace iguales, pero dicha explicación no presenta todos los elementos de juicio necesarios para poder proceder a un estudio de constitucionalidad. Lo anterior, porque para poder generar una mínima duda constitucional el demandante debía explicar la razón por la que considera que estas figuras son iguales, cuando como ha sido explicado y por diferentes motivos algunos son sustancialmente diferentes y de otros no se puede establecer las características, a pesar de compartir el hecho de que contratan con la administración pública.

En este sentido, el demandante incumple con el primer requisito de suficiencia para los cargos de violación a la igualdad, -establecer los términos de comparación-. Al no establecer los términos de comparación tampoco logra exponer de forma suficiente por qué este grupo debe tener un trato igual que los otros, lo cual no permite conocer el cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 13 de la Constitución.

10. La Corte encuentra que el cargo de violación del artículo 26 también es inepto por

incumplir con los requisitos de certeza y pertinencia. En primer lugar, el cargo se fundamenta en la determinación de un trato desigual e injustificado para un grupo de contratantes de la administración pública, al establecer un régimen de responsabilidad por “los hechos u omisiones que les fueran imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivadas de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan actividades” de consultoría, asesoría o interventoría. En este orden de ideas, si el cargo por violación de la igualdad no es apto, y este segundo cargo parte del primero, es decir, del supuesto de una desigualdad, o de un trato injustificado que no está suficientemente determinado, el cargo se sostiene en una consideración incierta, lo que configura su ineptitud.

11. Finalmente, esta Corporación encuentra que, como lo advirtieron algunos intervinientes y la Procuraduría, este cargo parte de una situación hipotética, esto es que el régimen de responsabilidad es un desestímulo a la profesión, lo que hace que el cargo también carezca de pertinencia, pues se sostiene en un supuesto sobre la aplicación de la norma. En sus argumentos, el demandante asume que la determinación de un tipo de responsabilidad es un desincentivo que hace que los interventores, consultores y asesores no quieran contratar con el Estado. Esta afirmación no se desprende del contenido normativo demandado, sino de la suposición de la voluntad de un grupo de personas respecto de eventuales conclusiones sobre los posibles riesgos de la responsabilidad por un tipo de contratación. Sobre esta premisa, plantea que ese desincentivo es una restricción al ejercicio de la profesión. Así, el cargo es indirecto, pues parte de una interpretación que acusa una situación hipotética. De acuerdo con lo anterior, como el cargo se fundamenta en una valoración subjetiva, éste también carece de pertinencia.

12. Por los motivos expuestos, la Corte considera que la demanda incumple con los requisitos mínimos de claridad, suficiencia, certeza y pertinencia para conocer de fondo del asunto planteado por lo que no es posible analizarlos de oficio y se declarará la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las expresiones “respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades” y “respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones” contenidas en el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno principal, folio 19. En la corrección afirmó “tal y como fue mencionado en el escrito principal de la demanda, se evidencia que la expresión “respecto de las cuales haya ejercido o ejerza las actividades de consultoría o asesoría”, crea una restricción que vulnera de manera flagrante el derecho a la igualdad (...)”. Así, señaló que de acuerdo con el Decreto 1510 de 2012 son partícipes del sistema de compras y contratación pública: las entidades estatales que adelanten proceso de contratación, la Agencia nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, los oferentes en los procesos de contratación, los contratistas, los supervisores, los interventores y las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la Ley.

[2] Cuaderno principal, folio 22.

[3] Cuaderno principal, folio 24.

[4] Folio 19.

[5] Cuaderno principal, folio 52.

[6] Cuaderno principal, folios 47-48.

[7] Cuaderno principal, folio 48.

[9] Cuaderno principal, folio 56.

[10] Cuaderno principal, folio 57.

[11] Cuaderno principal, folio 57.

[12] Cuaderno principal, folio 58.

[13] Cuaderno principal, folio 74. "Por todo lo expresado anteriormente y los argumentos que la Honorable Corporación encuentre pertinentes, se solicita declarar exequible el aparte demandado o en su lugar inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo".

[14] Cuaderno principal, folio 69.

[15] Cuaderno principal, folio 69.

[16] Cuaderno principal, folio 68.

[17] Cuaderno principal, folio 70.

[18] Cuaderno principal, folio 72.

[19] Cuaderno principal, folio 72.

[20] Cuaderno principal, folio 81.

[21] Cuaderno principal, folio 81.

[22] Cuaderno principal, folio 82.

[23] Cuaderno principal, folio 84.

[24] Cuaderno principal, folio 93

[25] Cuaderno principal, folio 97.

[26] Cuaderno principal, folio 98.

[27] Cuaderno principal, folio 101.

[28] Cuaderno principal, folio 124.

[29] Cuaderno principal, folio 125.

[30] Cuaderno principal, folio 125.

[31] Dice norma citada: “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

[32] Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[33] MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[35] Ver las sentencias C-099 de 2013, MP María Victoria Calle; C-635 de 2012 y C-631 de 2011, ambas con ponencia de Mauricio González, entre otras.

[36] Sentencia C-1052 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[37] Cfr. C-1052 de 2001 y C-980 de 2005, ya citadas.

[38] Cuaderno principal, folio 19.

[39] Cuaderno principal, folio 22.

[40] Cuaderno principal, folio 23.

[41] Cuaderno principal, folio 25.

[42] Cuaderno principal, folios 1-2.

[43] Cuaderno principal, folio 19.

[44] El Decreto Ley 4170 otorga las siguientes funciones a Colombia Compra Eficiente, sin perjuicio de otras que correspondan a la naturaleza de la entidad:

- a. La formulación de políticas, planes y programas buscando optimizar la oferta y demanda en el mercado.
- b. La racionalización normativa para una mayor eficiencia de las operaciones.
- c. El desarrollo y difusión de las políticas, normas e instrumentos para facilitar las compras y promover la eficiencia.
- d. La coordinación con otras entidades públicas para el cumplimiento de sus objetivos.
- e. La elaboración de estudios, diagnósticos y estadísticas para mejorar la efectividad del sistema.
- f. La absolución de consultas sobre la aplicación de las normas y expedir circulares sobre la materia.
- g. El apoyo al Gobierno en las negociaciones internacionales sobre el tema.
- h. El diseño, la organización y la celebración de Acuerdos Marco de Precios.
- i. El desarrollo del sistema de compras electrónicas.
- j. El apoyo a los oferentes para facilitar y mejorar su participación.
- k. La difusión de mejores prácticas y la coordinación de los programas de capacitación con otras entidades.
- l. El apoyo a las entidades territoriales en la gestión de compras.