

REDUCCIÓN DE PUNTAJE DE LA OFERTA EN PROCESOS PRECONTRACTUALES CON EL ESTADO-Inaplicación para proponentes que ejercieron medio de control jurisdiccional contra acto administrativo que impuso multa no vulnera principio de igualdad

(...) el trato diferenciado entre los sujetos comparables se basa en que estos se encuentran en situaciones diferentes, obedece a decisiones adoptadas por ellos mismos y dispone de una consecuencia razonable con el fin de obtener los beneficios perseguidos por la norma. La Corte advierte que no puede haber un trato diferenciado que sea discriminatorio o que ponga en peligro la libre competencia, cuando el criterio diferenciador se basa en una acción u omisión de quien podría alegar la propia discriminación o trato diferenciado. Del mismo modo, la norma objeto de control se puede interpretar como una forma de garantizar que más proponentes pueden ingresar a la fase de selección sin reducciones del puntaje debido a multas que son objeto de control jurisdiccional. Ello optimiza, en lugar de menoscabar, la libre competencia.

INAPLICACIÓN DE REDUCCIÓN DE PUNTAJE DE LA OFERTA EN PROCESOS PRECONTRACTUALES CON EL ESTADO-No excluye evaluación de las propuestas

(...) la inaplicación de la reducción no implica que el hecho de ser contratista incumplido no incida en la evaluación de las propuestas. De allí que el parágrafo segundo del mismo artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 establezca que la reducción del puntaje o su excepción no excluyen la valoración que manda el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020. Este último ordena que las entidades contratantes consulten las anotaciones vigentes que tengan las personas naturales o jurídicas que pretenden contratar con el Estado. Además, ello incluye verificar el Registro Nacional de Obras Inconclusas. De manera que esas anotaciones pueden incidir directamente en la selección que realizará la entidad. Eso significa que la excepción objeto de control no impide que las multas se consideren como criterio de evaluación; pero no con la reducción del puntaje sino como antecedente y criterio de ponderación.

INAPLICACIÓN DE REDUCCIÓN DE PUNTAJE DE LA OFERTA EN PROCESOS PRECONTRACTUALES CON EL ESTADO-Exige ejercicio oportuno, efectivo, diligente, idóneo y de buena fe del medio de control jurisdiccional contra acto administrativo que impuso multa

Para la Corte, la exigencia del ejercicio oportuno, efectivo, diligente, idóneo y de buena fe del medio de control jurisdiccional es una interpretación adecuada y un mecanismo de racionalización de la activación de la excepción introducida en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley 2195 de 2022. Ese baremo evita la temeridad en la presentación de medios de control con el fin exclusivo de evitar la reducción del puntaje y garantiza que la excepción puede ser invocada por todo aquel contratista que, a pesar de ser multado, haya incoado, bajo esos parámetros, un medio de control de los que dispone la Ley 1437 de 2011. Además, ese estándar también fortalece la conducencia efectiva de la norma para obtener las finalidades con las que fue aprobada.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL- Jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha reiterado que el legislador tiene un amplio margen de configuración respecto de la contratación pública. El tribunal ha reconocido que esta libertad está limitada principalmente por los principios que regulan la función administrativa y por el interés general. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha establecido que estos dos aspectos justifican la existencia de un régimen contractual especial.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Límites

La amplitud de las competencias del legislador para regular la contratación pública no es incompatible con algunos límites. Además de los diques generales que ha determinado la Corte (principios de la función administrativa y prevalencia del interés general) también se han establecido parámetros específicos como: la igualdad, la buena fe, la defensa del patrimonio público y la autonomía de las entidades territoriales. De igual modo, se han enunciado postulados que rigen la función administrativa como los de: publicidad, economía, celeridad y transparencia.

CONTRATACION ESTATAL-Principios de selección objetiva y libre concurrencia

LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Relación con el derecho a la libre competencia y otras libertades económicas

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Límites y restricciones que no vulneren la igualdad

(...) la Corte ha reconocido la legitimidad constitucional de múltiples distinciones impuestas por el legislador en el marco de la contratación estatal bajo el baremo del principio de la igualdad en la libre competencia. La Corte ha avalado varias medidas que confieren tratos diferentes y ha considerado que estas son proporcionadas y no son contrarias ni a la igualdad ni a la libre competencia. Asimismo, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han establecido que la libre competencia no se trata de un derecho absoluto y que sus restricciones solo son inválidas cuando se imponen “condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección” o cuando se basan en aspectos subjetivos o no verificables.

CONTRATACION ESTATAL-Igualdad como principio orientador

(...) el principio de igualdad en la contratación estatal tiene varias manifestaciones. De una parte, este exige dispensar un tratamiento idéntico a quienes se encuentran en las mismas condiciones; de modo que se les otorguen las mismas oportunidades en función de sus características, acciones y propuestas. De otra, le impone al legislador el deber de establecer procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar, en forma objetiva y libre, a quien haya hecho la oferta más favorable. Esto implica la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de las propuestas y la proscripción de cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier proponente.

JUICIO DE IGUALDAD-Metodología de análisis/JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según el grado de intensidad

TEST INTERMEDIO DE IGUALDAD-Aplicación

(...) la Corte ha aplicado el test de nivel intermedio cuando se trata de aquellas materias en las que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, pero cuyas medidas deben respetar unos principios y límites constitucionales expuestos. En concreto, la Sala Plena ha indicado que, en relación con el sistema de contratación estatal, se debe aplicar una graduación intermedia en el juicio de igualdad debido a la estrecha relación de esa materia tanto con el interés general como con los fines del Estado social de Derecho.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium

comparationis

ACTO ADMINISTRATIVO-Cuestionable ante la jurisdicción contencioso administrativa/PRESUNCION DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO Y MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL

(...) la Corte Constitucional ha sostenido que la presunción de legalidad de los actos administrativos no se opone a que la jurisdicción contencioso administrativa los pueda controlar e, incluso, suspender provisionalmente. De manera que, según el artículo 238 de la Constitución, la presunción de legalidad de los actos administrativos no es incompatible con los mecanismos o medios de control destinados a confirmar o desvirtuar jurisdiccionalmente esa presunción.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATACION ESTATAL-Alcance

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA C-154 de 2023

Referencia. Expediente D-14870

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”.

Demandantes: Daniel Eduardo Londoño de Vivero y Aura Ximena Osorio Torres.

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.4 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos

contemplados en el Decreto Ley 2067 de 1991, la Sala Plena de la Corte Constitucional profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. I. Antecedentes

1. 1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Daniel Eduardo Londoño de Vivero y Aura Ximena Osorio Torres presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 58 (parcial) de la Ley 2195 de 2022. En su escrito inicial, los accionantes formularon tres cargos. Por una parte, señalaron que el primer inciso del artículo demandado desconocía los principios de la igualdad, el debido proceso y la libre concurrencia en los sistemas de selección. A su juicio, la medida no era razonable ni proporcional. En el segundo cargo consideraron desproporcionado que el inciso segundo les extendiera la sanción a los consorcios y a las uniones temporales cuando alguno de sus integrantes se encontrara en la misma situación, mientras que aquella no se les hacía extensiva a las otras figuras asociativas. Finalmente, el tercer reparo indicó que el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 era contrario al principio de igualdad en la libre concurrencia y la seguridad jurídica.

2. Mediante un Auto del 27 de julio de 2022, el magistrado sustanciador inadmitió la demanda. El despacho advirtió varios yerros relacionados con los requisitos de claridad, especificidad y suficiencia. Por ello, a los ciudadanos se les concedieron tres días para que corrigieran la demanda.

3. Dentro del término de ejecutoria del Auto del 27 de julio de 2022, los demandantes remitieron el escrito de subsanación de la demanda.

4. Por Auto del 19 de agosto de 2022, el magistrado sustanciador admitió parcialmente la demanda de inconstitucionalidad únicamente en relación con el cargo tercero. De otro lado, se rechazó la demanda respecto de los otros dos cargos porque no se advirtió una superación apropiada de las falencias señaladas en el Auto del 27 de julio de 2022.

5. En un escrito del 26 de agosto de 2022, los demandantes presentaron un recurso de súplica en contra del Auto del 19 de agosto de 2022. Ellos dirigieron sus reparos hacia la

decisión del magistrado sustanciador en relación con el rechazo de los dos primeros cargos.

6. A través del Auto 1490 de 2022, la Sala Plena de la Corte Constitucional rechazó el recurso de súplica porque los demandantes incumplieron el requisito de la carga argumentativa mínima. Además, se le remitió el proceso al magistrado sustanciador para que continuara con el trámite de conformidad con lo establecido en el Auto del 19 de agosto de 2022.

7. El magistrado sustanciador ordenó comunicarle el presente asunto al presidente del Congreso de la República, al presidente de la República y al Ministerio de Justicia y del Derecho. En el mismo sentido, se ordenó correrle traslado de la demanda a la procuradora general de la Nación y se invitó a participar en el trámite a la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente); a la Corporación Transparencia por Colombia; a la Asociación Colombiana de Derecho Administrativo y a las Facultades de Derecho de las Universidades: Andes, Libre de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Externado de Colombia, Nacional de Colombia y de Caldas.

. Texto de la norma demandada

8. A continuación, se transcribe y subraya la disposición demandada:

“LEY 2195 DE 2022

(enero 18)

Diario Oficial No. 51.921 de 18 de enero de 2022

Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

“Artículo 58. Reducción de puntaje por incumplimiento de contratos. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten cualquier Proceso de Contratación, exceptuando los supuestos establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía y en aquellos

donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán reducir durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento.

Esta reducción también afecta a los consorcios y uniones temporales si alguno de sus integrantes se encuentra en la situación anterior.

Parágrafo 1. La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Parágrafo 2. La reducción de puntaje por incumplimiento de contratos se aplicará sin perjuicio de lo contenido en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020”.

. La demanda

9. Los ciudadanos Daniel Eduardo Londoño de Vivero y Aura Ximena Osorio Torres formularon un cargo en el que consideraron que el parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 vulnera el principio de igualdad en la libre concurrencia y en la seguridad jurídica. Esa disposición establece que la reducción del puntaje por el incumplimiento de los contratos no se aplicará cuando los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de los medios de control jurisdiccional.

10. Los accionantes sostuvieron que la medida eventualmente podría significar una situación de desigualdad para los proponentes que no demandaron los actos administrativos que les impusieron las multas en las ejecuciones contractuales previas. Eso ocurriría en la hipótesis de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo encontrara ajustado a derecho un acto administrativo que impuso una multa o hizo efectiva una cláusula penal. Según su interpretación, en esa hipótesis, el proponente que demandó el acto administrativo de manera previa al nuevo proceso de selección debió ser objeto de la misma reducción del 2% como los demás proponentes que concurrieron pero que no acudieron a la jurisdicción.

Asimismo, señalaron que el acceso a la administración de justicia es un derecho y no se puede imponer como un deber o requisito habilitante para participar en los procesos de selección contractual.

11. Sobre la igualdad en la libre concurrencia, los accionantes consideraron necesario aplicar un juicio de igualdad intermedio. En su criterio, “existe una arbitrariedad que afecta la libre competencia, materializada en la contratación estatal a través de la libre concurrencia o igualdad de oportunidades de participar en un proceso de selección”.

12. Sostuvieron que el objetivo del párrafo que fue demandado era proteger los intereses públicos y salvaguardar el interés general a través de la búsqueda de contratistas idóneos, comprometidos y cumplidos en sus relaciones con el Estado. Sin embargo, señalaron que la medida no es idónea ni proporcionada porque establece: “que para participar sin entrar ‘perdiendo’ en un proceso de selección contractual, es necesario haber demandado actos que declararon incumplimientos o hicieron efectivas cláusulas penales en ejecuciones contractuales previas”.

13. Sobre la igualdad en la seguridad jurídica, los accionantes precisaron que cualquier contratista al que se le haya declarado el incumplimiento o haya ejecutado la cláusula penal puede demandar el acto ante un juez administrativo. Aclararon que su reproche recae: “sobre el hecho de que, producto de ese análisis judicial, que es posterior al momento en que la entidad estatal dejó de aplicar la reducción del 2% en el puntaje de la propuesta del proponente que demandó el acto previo que le declaró el incumplimiento, generaría que la consecuencia fuera exactamente la misma que se predica de quien no demandó el acto ante la jurisdicción”.

14. En su parecer, el Congreso no debió excluir de la reducción a los proponentes que acudieron a la jurisdicción contenciosa. De igual forma, sostuvieron que se afecta la igualdad respecto de las entidades estatales porque puede que se inaplique la reducción del 2% a un proponente que haya demandado el acto y luego la jurisdicción competente encuentre que aquel estaba ajustado a derecho. En esos casos, concluyeron que ambos contratistas: “se encontrarían en la misma situación si pudiera devolverse el tiempo al momento en que aconteció el proceso contractual”.

. Intervenciones

15. Durante el término de la fijación en lista, la Corte recibió un escrito del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá. En este se solicitó declarar la inexequibilidad del párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 o que, subsidiariamente, se declarara la exequibilidad condicionada en el entendido de que la excepción proceda siempre que dentro del proceso judicial se profiera la medida cautelar de la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

16. La Universidad Libre consideró que la disposición acusada promueve un tratamiento desigual entre los proponentes y desconoce su derecho a la libre concurrencia. Sostuvo que la reducción del 2% en la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual no se les aplicará a quienes hayan ejercido un medio de control en contra del acto administrativo que les impuso una multa. Ello ocurre, aunque exista la posibilidad de que -en el futuro- el proceso judicial declare la legalidad de esa decisión administrativa.

17. Adicionalmente, señaló que la excepción contemplada en el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no está condicionada a que el acto que originó la multa haya sido objeto de una medida cautelar que ordene su suspensión provisional. Concluyó que el legislador autorizó la exclusión de una consecuencia jurídica cuando los actos administrativos que impusieron una multa se encuentran surtiendo efectos jurídicos.

18. Para el interviniente, la disposición genera un trato desigual entre sujetos comparables (proponentes) que son merecedores de la reducción del 2% en la evaluación de sus ofertas por haber sido multados previamente. La medida distingue entre aquellos que no acudieron a la jurisdicción y los que sí lo hicieron.

19. En el escrito de la Universidad se afirmó que el legislador presumió la suspensión de los efectos del acto con la sola presentación y admisión de la demanda. Finalmente, adujo que el Congreso no tuvo en cuenta la configuración del término de caducidad y la posibilidad de que la discusión sobre la legalidad del acto se encuentre en una etapa de conciliación prejudicial.

. Concepto de la procuradora general de la Nación

20. Por escrito recibido en el despacho sustanciador el 15 de diciembre de 2022, la procuradora general de la Nación le solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del apartado demandado porque este no desconoce el principio de igualdad en ninguna de

las áreas indicadas por los demandantes.

21. En primer lugar, la procuradora destacó que, en este caso, es posible distinguir claramente entre los proponentes que concurren para celebrar negocios jurídicos con el Estado. Por un lado, están quienes acudieron a la jurisdicción contenciosa para cuestionar la legalidad de los actos mediante los cuales se les impuso una multa. Por el otro, se encuentran los proponentes que no ejercieron los medios de control correspondientes. De esta manera, sostuvo que el párrafo demandado contempla tratos diferentes para sujetos que se encuentran en situaciones diferentes en aspectos altamente relevantes. Al primer grupo no se le aplicaría la reducción del 2% en la etapa de evaluación de la oferta, mientras que los otros sujetos estarían afectados por esa medida debido a su propia decisión de no acudir ante la jurisdicción.

22. En segundo lugar, el Ministerio Público resaltó que el legislador tiene un amplio margen de configuración en materia de contratación estatal. El constituyente le asignó al Congreso de la República la función de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública. Para ello, no le impuso más límites que el respeto por las competencias de los órganos superiores y los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, el juicio integrado de igualdad debe tener una intensidad débil.

23. Con base en lo anterior, la procuradora concluyó que la medida supera exitosamente el test integrado de igualdad. Por un lado, aquella persigue una finalidad acorde con los mandatos constitucionales (precaver la imposición de multas contrarias al orden legal y que hicieran responsables a la administración) y, por el otro, dicha finalidad no está prohibida por la Constitución.

24. Adicionalmente, la procuradora consideró que la excepción establecida en el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 es adecuada para alcanzar la finalidad que persigue. Esta disposición previene la ocurrencia de un daño antijurídico contra los proponentes que fueron objeto de una multa y demandaron ese acto ante la jurisdicción contenciosa. De esa manera, evita los escenarios de pérdida de oportunidad en la contratación cuando el juez contencioso resuelve declarar la nulidad del acto que impuso la multa. En efecto, si ese párrafo no existiera, se podría generar una responsabilidad del Estado.

25. Agregó que, cuando la jurisdicción resuelve que el acto que impuso la multa fue ajustado a derecho, se puede inferir que el proponente al que no se le aplicó la reducción del 2% en la evaluación de su oferta obtuvo un beneficio injustificado. Sin embargo, este supuesto partiría de la mala fe del particular y ello sería contrario al artículo 83 de la Constitución. Asimismo, se desconocería que acudir a la administración de justicia es un derecho que no opera de forma automática, sino que requiere el impulso y asumir unas cargas que racionalizan su ejercicio con el fin de evitar las controversias injustificadas.

26. Por último, reiteró que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia de contratación pública. Por lo tanto, el Congreso está habilitado para adoptar las medidas que, a su parecer, sean las más adecuadas para salvaguardar los bienes constitucionales.

. Consideraciones

1. Competencia

27. Según lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución, este tribunal es competente para conocer y decidir la demanda de inconstitucionalidad.

2. Delimitación de la demanda, problema jurídico y estructura de la decisión

28. Delimitación de la demanda. En primer lugar, la Sala advierte que después tanto de la corrección de la demanda como de la resolución del recurso de súplica, aquella solo fue admitida respecto del cargo formulado en contra del párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Ese reparo se estructuró con base en la potencial vulneración del principio de igualdad en la libre concurrencia y la seguridad jurídica. Los demandantes sostuvieron que esa disposición establecía una diferencia de trato injustificada e imponía el deber de acudir a la administración de justicia como requisito para participar en los procesos de contratación estatal.

29. En segundo lugar, la Sala Plena precisa que los actores sugirieron algunas de las consecuencias del trato diferenciado en la libre competencia y en la seguridad jurídica. En concreto, desarrollaron un juicio de igualdad con impacto en esos dos principios. De manera que no se trata de cargos diferenciados e independientes sino de uno solo (vulneración del

principio de igualdad) en el ámbito de la concurrencia en los procesos de contratación estatal y en la seguridad jurídica.

30. En efecto, los ciudadanos presentaron el cargo conjuntamente e indicaron que la medida está “afectando el principio de igualdad que materializa el principio de libre concurrencia”. Asimismo, al fundamentar la vulneración de la seguridad jurídica, sostuvieron que: “la seguridad jurídica está muy ligada al principio a la igualdad, pues implica la aplicación uniforme de la ley y las fuentes del derecho a todos los administrados y autoridades estatales por igual”.

31. Idoneidad mínima del cargo. Dentro del juicio de constitucionalidad, ni el único interviniente, ni la procuradora general cuestionaron la idoneidad de ese reproche de constitucionalidad. Para la Corte, el cargo satisface los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional. Este es claro porque se refiere a un supuesto trato desigual conferido a los proponentes que concurren en los procesos de contratación con las entidades estatales. La lectura de la norma objeto de la demanda es cierta porque esta contempla un trato asimétrico entre los proponentes que acudieron a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y aquellos que no lo hicieron. El juicio propuesto es específico porque se indicaron las normas constitucionales infringidas y se indicaron los aspectos básicos de un juicio de igualdad. El cargo es pertinente porque se basa en los fundamentos constitucionales que se refieren a la relación del principio de igualdad con la libre concurrencia y la seguridad jurídica. Finalmente, la lectura específica del cargo es suficiente porque existe una duda mínima sobre la compatibilidad de esa diferencia de trato en cuanto a la aplicación de la reducción del puntaje en la evaluación de la oferta en la etapa precontractual. Esta ocurre entre los proponentes que acudieron a la jurisdicción contenciosa y aquellos que no lo hicieron.

32. Problema jurídico. En ese marco, la Sala Plena de la Corte debe analizar si el trato diferenciado que se les confiere en materia de reducción del puntaje dentro de los procesos precontractuales con el Estado a quienes cuestionaron judicialmente los actos administrativos que les impusieron multas en los contratos previos es compatible con el principio de igualdad. La Corte debe evaluar si todos los proponentes a quienes se les impuso una multa durante el último año -contado a partir de la fecha de la presentación de la oferta- debieron ser objeto de la reducción del 2% en su calificación o si, por el contrario, el

Congreso podía distinguir entre quienes demandaron el acto mediante el cual se les impuso una multa y aquellos que decidieron no acudir a la jurisdicción para ejercer el medio de control correspondiente.

33. Estructura de la decisión. Para resolver el problema jurídico, la Sala Plena de la Corte reiterará su jurisprudencia unificada sobre la amplia potestad del legislador para regular la contratación estatal (sección 3). Dado que en la demanda se formuló un cargo de constitucionalidad basado en el artículo 13 de la Constitución, el tribunal se referirá al principio de igualdad y a la libre competencia como límites a las facultades del Congreso de la República en materia de contratación estatal (sección 4). Finalmente, la Corte aplicará un test de igualdad para enjuiciar la norma objeto de control (secciones 5 y 6).

3. El amplio margen de configuración del legislador para regular la contratación estatal

34. 34. La Corte Constitucional ha reiterado que el legislador tiene un amplio margen de configuración respecto de la contratación pública. El tribunal ha reconocido que esta libertad está limitada principalmente por los principios que regulan la función administrativa y por el interés general. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha establecido que estos dos aspectos justifican la existencia de un régimen contractual especial.

35. En efecto, la Sala Plena ha determinado que la contratación administrativa es una modalidad de la gestión pública y un instrumento para la satisfacción de las finalidades y los deberes estatales. Dicho propósito se basa en la prevalencia del interés general como fundamento del Estado social de Derecho. En el desarrollo de su actividad contractual, la administración debe acatar los principios que rigen su función (artículo 209 superior) y garantizar que los contratistas también cumplan sus obligaciones en todas las etapas del contrato estatal.

36. El inciso final del artículo 150 de la Constitución es el fundamento directo de esta amplia libertad de configuración. Allí se facultó al Congreso de la República para dictar reglas específicas en distintos cuerpos normativos que conformen un estatuto general de la contratación. En este contexto, la Corte ha precisado que no es necesario que dicha regulación se implemente mediante una ley estatutaria.

37. Asimismo, la mencionada libertad de configuración legislativa también se deriva de la

importancia instrumental del contrato estatal como acto consensual entre la administración pública y los particulares. Esta competencia abarca “los aspectos más significativos de la contratación pública”; siempre y cuando se respeten tanto los principios de razonabilidad y proporcionalidad como los parámetros constitucionales.

38. Específicamente, la Sala Plena ha reconocido que el legislador tiene una potestad amplia para configurar los procedimientos y los mecanismos para la selección de los contratistas. Esto involucra la regulación los requisitos habilitantes y los elementos que cada entidad debe valorar para la escogencia de quien celebrará el contrato estatal. Desde luego, el Congreso puede incluir criterios de ponderación, mecanismos de distinción y tratos diferenciados razonables.

39. La amplitud de las competencias del legislador para regular la contratación pública no es incompatible con algunos límites. Además de los diques generales que ha determinado la Corte (principios de la función administrativa y prevalencia del interés general) también se han establecido parámetros específicos como: la igualdad, la buena fe, la defensa del patrimonio público y la autonomía de las entidades territoriales. De igual modo, se han enunciado postulados que rigen la función administrativa como los de: publicidad, economía, celeridad y transparencia.

40. En conclusión, la Constitución le otorga un amplio margen de configuración al legislador para regular los diversos aspectos de la contratación pública y, en especial, lo relativo a la selección de los contratistas. Esta libertad debe atender a los principios constitucionales y respetar algunos límites específicos dentro de los que se encuentran la libre competencia y la igualdad.

4. La libre competencia y la igualdad en la contratación pública: se admiten distinciones objetivas y razonables

41. Por su importancia para el presente asunto, la Sala Plena profundizará en los principios de igualdad y libre competencia, cuya relación estrecha ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional. Estos le imponen límites al ámbito de configuración legislativa en relación con la contratación pública.

42. En varias oportunidades, la Corte ha analizado el alcance de los principios de libertad

económica y libre concurrencia o competencia en materia de contratación estatal. En relación con estos, el tribunal ha establecido las siguientes subreglas (tabla 1).

Tabla 1. Subreglas aplicables a los principios de libre concurrencia, libre competencia y libertad económica

1. Se prohíben las barreras de acceso desproporcionadas

2. No es un derecho absoluto

La libertad económica no es un derecho absoluto. El Estado puede intervenir para garantizar los principios de la función administrativa en la contratación pública.

3. Se permiten excepciones legítimas

La libre concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista.

4. Restricciones serias y objetivas

Las limitaciones a la libre concurrencia deben establecerse con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de contratación. En algunos casos, también se ha exigido que estas restricciones sean serias y objetivas.

5. No discriminación

La libre competencia implica un mandato de abstención de discriminación en el acceso y la participación dentro del proceso de selección. Además, posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación.

43. A su turno, el principio de igualdad en la contratación estatal tiene varias manifestaciones. De una parte, este exige dispensar un tratamiento idéntico a quienes se encuentran en las mismas condiciones; de modo que se les otorguen las mismas oportunidades en función de sus características, acciones y propuestas. De otra, le impone al legislador el deber de establecer procedimientos o mecanismos que le permitan a la

administración seleccionar, en forma objetiva y libre, a quien haya hecho la oferta más favorable. Esto implica la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de las propuestas y la proscripción de cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier proponente.

44. Por supuesto, el legislador puede establecer distinciones relevantes de trato entre los proponentes, siempre que se basen en parámetros objetivos. Por ejemplo, está facultado para determinar un trato diferenciado en función del tipo de contrato, la posición contractual o la situación respecto del contrato. Además, se pueden establecer diferencias para garantizar la libre competencia económica y la igualdad de oportunidades en función de las condiciones objetivas de cada oferente.

45. En efecto, este tribunal ha analizado varias distinciones impuestas por el legislador en el marco de la contratación estatal bajo el baremo del principio de la igualdad en la libre competencia. La Corte ha reconocido que las medidas que confieren tratos diferentes resultan proporcionadas y no son contrarias ni a la igualdad ni a la libre competencia cuando se basan en factores objetivos relevantes.

46. Por ejemplo, en la Sentencia C-384 de 2003, la Corte estimó que el Congreso puede obligar a los proveedores a registrar los precios de los bienes y servicios que están en capacidad de ofrecerle tanto a la administración como a los particulares. Allí se indicó que esa medida no vulneraba el derecho a la libre competencia porque esta no es un derecho absoluto. De este modo, el Estado puede intervenir ese mercado para garantizar los principios constitucionales que orientan la contratación. En ese mismo sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que:

“(…) si bien la libre competencia o participación de los interesados en ofrecer los bienes y servicios que se pretenden contratar se instituye como postulado del proceso de selección, como contrapartida la entidad pública respectiva puede exigir el cumplimiento de ciertos presupuestos. Esta facultad implica que el principio de libre competencia no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas limitaciones por mandato legal o constitucional”.

47. En la Sentencia C-713 de 2009, este tribunal estudió si resultaba contrario a la libre competencia que la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la fortaleza

financiera de los proponentes fueran considerados como requisitos habilitantes y no otorgaran un puntaje en la evaluación de las ofertas. En esa oportunidad, la Corte declaró exequible esa medida y estableció que solo se impacta la libre competencia cuando se imponen “condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección”. Además, reiteró que “la libertad de concurrencia admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”.

48. En la Sentencia C-618 de 2012 esta Corporación evaluó la constitucionalidad de una norma que les imponía una inhabilidad a los contratistas estatales y a sus familiares para realizar interventorías con las mismas entidades que los habían contratado. El tribunal mantuvo que: “cuando el legislador ha pretendido desarrollar el estatuto contractual que hace parte de uno de los componentes esenciales de la función pública, sometida estrictamente a lo que dispone la Constitución y la ley, no estaría invadiendo el ámbito de la esfera privada a que aluden los artículos 333 y 334 constitucionales”.

49. Los anteriores elementos son relevantes para el juicio de constitucionalidad. Por una parte, la amplia competencia del Congreso para regular la contratación y, en concreto, la selección de los contratistas. En segundo lugar, la existencia de límites generales y específicos dentro de los que se encuentran la igualdad y la libre concurrencia. Asimismo, la extensa facultad de intervención legislativa mediante tratos diferenciados que se basen en criterios objetivos de manera que no discriminen entre proponentes por condiciones basadas en el afecto o el interés sino en hechos, circunstancias o atributos relevantes de cada oferente. Con esas premisas decisorias, la Corte le aplicará el juicio de igualdad al parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

5. El juicio integrado de igualdad

50. En la Sentencia C-345 de 2019, la Corte Constitucional unificó los criterios, el alcance, la metodología y los parámetros del juicio integrado de igualdad. Como fue establecido por la Sala Plena, esta es la “metodología idónea para decidir demandas o casos que plantean una aparente violación al principio de igualdad”. En esa oportunidad, el tribunal definió de la siguiente manera los tres grados o intensidades de escrutinio, los elementos de cada uno de estos y las materias a las que se les aplican.

51. En primer lugar, el escrutinio débil en el juicio integrado de igualdad está dirigido a

verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosas. Para que una norma sea declarada constitucional, la medida que incorpora un trato diferente debe ser potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no esté prohibida constitucionalmente. Por lo tanto, en este tipo de juicio, el ejercicio de la Corte se dirige a establecer si la finalidad y el medio utilizado no se encuentran prohibidos por la Constitución y si el medio es idóneo o adecuado para alcanzar el fin propuesto.

52. Esta intensidad de escrutinio se usa como regla general debido a que existe, en principio, una presunción de constitucionalidad de las normas expedidas por el legislador. Esta se aplica, entre otros, a los casos relacionados: i) con materias económicas y tributarias, ii) con política internacional, iii) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, iv) cuando se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos y v) cuando no se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión.

53. En segundo lugar, el escrutinio intermedio ordena que el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente. Además, se debe verificar que la medida no sea evidentemente desproporcionada. Esta intensidad del juicio se usa: “1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”. Asimismo, se aplica frente a normas basadas en criterios sospechosos, pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas. Por ejemplo, las medidas que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior.

54. El escrutinio de igualdad intermedio autoriza desigualdades que sean efectivamente conducentes para la consecución de un fin importante. Eso significa, un objetivo deseable respecto del cual hay buenas razones para perseguir y que, por lo tanto, se debería buscar. Análogamente, la medida que impone una diferencia no puede ser evidentemente desproporcionada.

55. En tercer lugar, el escrutinio estricto o fuerte evalúa tres elementos. Por una parte, si el

fin perseguido por la norma es imperioso. En segundo lugar, si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario. Esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma. Por último, si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

56. Esta modalidad de escrutinio se aplica, entre otras, a hipótesis en las que la misma Constitución señala los mandatos específicos de igualdad. Esto se traduce en una menor libertad de configuración del Congreso y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte Constitucional ha aplicado el escrutinio estricto o fuerte cuando la medida: i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el primer inciso del artículo 13 de la Constitución; ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o iv) crea un privilegio.

57. El escrutinio de igualdad estricto solo admite desigualdades que sean efectivamente conducentes y necesarias para obtener un objetivo que se pueda clasificar como imperioso. Es decir, que la disposición que contiene un trato desigual debe ser estrictamente indispensable debido a que no haya otra forma de alcanzar un fin que se tiene que lograr porque, de lo contrario, se violan contenidos constitucionales. Asimismo, la medida no puede ser desproporcionada en sentido estricto.

6. El párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no vulnera el principio de igualdad

58. Con el fin de aplicar el juicio de igualdad, la Sala establecerá el alcance de la disposición acusada, los sujetos comparables y el grado de intensidad del escrutinio. Asimismo, la Corte procederá a analizar la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 bajo la metodología del test integrado de igualdad.

59. Alcance de la disposición acusada. El artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 se encuentra dentro de las medidas adoptadas por el legislador para fortalecer la moralidad y la transparencia en el ámbito de la contratación estatal. En esa disposición, el Congreso estableció un sistema de regla con excepción. Los dos primeros incisos del artículo incorporaron una regla y el párrafo primero una excepción.

60. La regla del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Por una parte, la regla es la reducción de un porcentaje (2%) de los puntos obtenidos durante la evaluación de las propuestas en la fase precontractual. Esta les aplica a los proponentes que fueron multados o a quienes se les ejecutó la cláusula penal en el marco de un proceso contractual con el Estado cuando la multa se les impuso o la cláusula penal se les ejecutó dentro del año anterior a la fecha de la presentación de las propuestas. La reducción opera tanto en el nivel individual como en el asociativo cuando uno de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal fue objeto de la multa o cláusula penal.

61. La excepción objeto de control. El párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 establece una excepción a la regla de la reducción porcentual del puntaje de la oferta. De acuerdo con esta, la disminución no aplica cuando los actos administrativos que impusieron la multa sean objeto de medios de control jurisdiccional. Eso significa que la excepción comprende a los proponentes que, a pesar de haber sido multados, incoaron las acciones que dispone la Ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA) para impugnar judicialmente esos actos administrativos. La Sala Plena precisa que solo la medida que incorporó esta excepción es el objeto del presente proceso de control de constitucionalidad.

62. Sujetos comparables. En el marco de este proceso de control de constitucionalidad, la procuradora general sostuvo que los sujetos entre los que distingue la norma no son comparables. En su criterio, se trata de grupos de proponentes que ostentan condiciones fácticas y jurídicas relevantes que son diferentes. En especial, unos habrían considerado injustificadas o ilegales las multas que les fueron impuestas en los procesos contractuales previos. Además, en virtud de esa convicción, aquellos habrían desplegado las acciones necesarias para incoar efectivamente los medios de control previstos por el ordenamiento con el fin de cuestionar judicialmente los actos administrativos que les impusieron las multas. En una situación fáctica y jurídica diferente se encontrarían aquellos proponentes que fueron multados pero que decidieron no impugnar judicialmente esos actos administrativos o no lo hicieron efectivamente.

63. La Sala Plena ha reconocido que la identificación del criterio de comparación constituye una de las labores más complejas cuando se realiza el control constitucional bajo la orientación del principio de igualdad. La dificultad se encuentra asociada al hecho de que las personas, los grupos y las situaciones pueden siempre tener rasgos comunes y diferentes. De

allí que “la identificación del criterio de comparación es el paso inicial para examinar si la clasificación objeto de cuestionamiento fue racionalmente configurada por el legislador”. Asimismo, la Corte ha establecido que “para determinar si dos grupos o categorías son comparables es necesario examinar su situación a la luz de los fines de la norma”. Además, cuando se trata de clasificaciones, este tribunal ha explicado que:

“Una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines. || En los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, el control ejercido por el juez constitucional reconoce que no es posible exigir al legislador una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio. Esto porque en una democracia donde se respeta el principio de separación de las ramas del poder público debe haber una distribución de funciones y un sistema de controles que permitan a la vez el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, así como el respeto y la realización de principios, derechos y valores materiales. En este marco el legislador goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas, sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio”.

64. En ese marco, la Corte advierte que la técnica de configuración normativa aplicada en el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 permite inferir la existencia de los siguientes dos tipos de sujetos. Por una parte, los proponentes que fueron multados en el año anterior a la presentación de las propuestas, pero no interpusieron los medios de control jurisdiccional contra esas multas. Estos serán objeto de una reducción porcentual en la evaluación de sus ofertas en el nuevo proceso precontractual. En segundo lugar, se encuentran aquellos proponentes que fueron multados en el mismo periodo y, una vez agotados todos los requisitos de procedibilidad aplicables, incoaron oportunamente, con la debida diligencia y de buena fe las acciones previstas en el CPACA para impugnar judicialmente los actos administrativos que les impusieron las multas. A estos no se les aplicará la reducción porcentual en la evaluación de sus propuestas.

66. De acuerdo con lo anterior, se podría afirmar -como sostiene la procuradora- que los dos grupos de sujetos no son comparables porque se encuentran en situaciones jurídicas

diferentes. Un grupo de sujetos ha sido multado y sometió -con la debida diligencia y de buena fe- al control jurisdiccional los actos administrativos que le impusieron la multa. Por el contrario, el otro grupo de sujetos también fue multado en el año anterior a la presentación de las propuestas, pero no sometió efectivamente esos actos administrativos al control jurisdiccional. Bajo esa premisa, no tendría asidero la aplicación del juicio de igualdad porque se apreciaría, a primera vista, una distinción legítima constitucionalmente.

67. Sin embargo, la Corte considerará que sí se trata de sujetos efectivamente comparables, con el fin de definir si el trato diferenciado que les confirió el legislador es razonable de conformidad con el contenido del principio de igualdad. Ello es así porque los sujetos comparables tienen en común el hecho de haber sido multados (al menos, en una ocasión) en los procesos contractuales previos durante un periodo determinado (el año anterior a la presentación de las propuestas). La distinción entre los dos tipos de sujetos deviene del hecho de que unos han renunciado libremente a someter a los medios de control jurisdiccional los actos administrativos que les impusieron las multas; mientras que los segundos han incoado efectivamente, con la debida diligencia y de buena fe los mecanismos de impugnación judicial previstos en la Ley 1437 de 2011. De allí que a los primeros se les aplique la reducción en el puntaje de sus ofertas mientras que los segundos no ven afectada -por ese hecho- la valoración de sus propuestas.

68. El juicio integrado de igualdad: intensidad intermedia. En su concepto, la procuradora general consideró que la intensidad del juicio de igualdad debía ser leve. Por una parte, ese nivel del escrutinio es la regla general debido al principio democrático y a la presunción de constitucionalidad que favorece a todas las leyes.

69. En segundo lugar, la asignación de una competencia clara, expresa y amplia a favor del Congreso de la República para regular los procesos de contratación estatal sugiere que la intensidad del test debe ser leve. En efecto, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, el legislador tiene un amplio margen de configuración en materia de contratación estatal. Ello incluye dictar diferentes tipos de normas e incluir varios estatutos de la contratación, diseñar múltiples formas, mecanismos e instrumentos contractuales y “los aspectos más significativos de la contratación pública” en el marco de “los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a parámetros constitucionales”. Según la jurisprudencia consolidada de la Corte:

“(…) el mandato establecido en el artículo 150 Fundamental, para que el Congreso dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado”.

70. De manera que tanto la regla general del juicio de igualdad como la existencia de una competencia legislativa específica para regular la contratación estatal sugerirían una intensidad leve. Sin embargo, la asignación expresa de facultades no es el único criterio que determina la profundidad de este escrutinio en los procesos de control de constitucionalidad. En esta oportunidad, la Sala Plena concuerda con el interviniente y encuentra que concurren tres argumentos para indicar que el juicio de igualdad debe ser de intensidad intermedia.

71. Por una parte, la Corte ha aplicado el test de nivel intermedio cuando se trata de aquellas materias en las que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, pero cuyas medidas deben respetar unos principios y límites constitucionales expresos. En concreto, la Sala Plena ha indicado que, en relación con el sistema de contratación estatal, se debe aplicar una graduación intermedia en el juicio de igualdad debido a la estrecha relación de esa materia tanto con el interés general como con los fines del Estado social de Derecho.

72. En segundo lugar, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre las finalidades de la contratación estatal y ha desarrollado una jurisprudencia uniforme en torno a la protección del interés general como uno de sus principios axiológicos. Con fundamento en los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, la Sala Plena de esta Corporación ha indicado que todas las actuaciones estatales (incluida la contratación) deben obedecer a las finalidades del Estado social de Derecho. En ese modelo de Estado, la función pública está al servicio del interés general. Esto implica que la regulación de la contratación estatal, en tanto potestad del legislador, no es una facultad ilimitada, sino que está sometida a los postulados de la Constitución.

73. En tercer lugar, la Corte advierte que los demandantes han considerado que el potencial trato diferenciado podría afectar otros principios y derechos constitucionales (i.e. la libre competencia o la seguridad jurídica). De manera que ese impacto sugiere elevar el nivel del escrutinio que debe aplicar el tribunal por las consecuencias de la medida en relación con elementos constitucionales relevantes tanto de carácter fundamental como no fundamental.

74. Finalmente, el juicio debe ser de intensidad intermedia porque la distinción objeto de control podría comprometer la igualdad en la selección objetiva. En ese sentido, desde la Sentencia T-147 de 1996, la Corte sostuvo que los proponentes deben ser tratados con igualdad e imparcialidad. Ello implica trasladar al ámbito específico de los procesos de selección los mandatos propios del principio de igualdad. De manera que dos proponentes que se encuentren en situaciones que son -en algún aspecto relevante- semejantes, deben ser necesariamente tratados de manera semejante; mientras que dos proponentes que se encuentren en situaciones que son -en algún aspecto relevante- diferentes, deben ser necesariamente tratados de manera diferente.

75. En consecuencia y bajo esa intensidad del juicio de igualdad, a la Sala Plena le corresponde analizar si los objetivos perseguidos por la medida son legítimos e importantes desde la perspectiva constitucional; si el medio elegido es, al menos, efectivamente conducente y si el trato diferenciado no es evidentemente desproporcionado.

6.1. Las finalidades perseguidas son legítimas y constitucionalmente importantes

76. La finalidad se determina con base en la norma objeto de control. En primer lugar, la Sala Plena reitera que en esta oportunidad no le corresponde evaluar la medida introducida por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Esta consiste en la reducción porcentual de los puntos de la oferta para los proponentes que fueron multados o a quienes se les ejecuto la cláusula penal dentro del año anterior a la presentación de las ofertas. El cargo contra esa disposición fue rechazado por el magistrado sustanciador y esa decisión fue confirmada por la Sala Plena al resolver el recurso de súplica correspondiente. La competencia de control de constitucionalidad de la Corte tampoco fue activada para analizar los efectos del párrafo primero en relación con los dos primeros incisos del mismo artículo.

77. De manera que el escrutinio constitucional que se realiza en esta ocasión solo recae sobre la excepción establecida en el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de

2022. Como ya se indicó, aquella excepción implica que los contratistas que fueron multados dentro del año anterior a la fecha de la presentación de las propuestas e incoaron efectivamente los medios de control para impugnar esos actos administrativos, no serán objeto de la reducción porcentual establecida en los dos primeros incisos del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

78. Las finalidades de la norma objeto de control. A pesar de que, en el trámite legislativo, el Legislador no estableció las finalidades específicas de la excepción objeto de control, para la Corte, lo que se pretende es evitar que una multa que fue impuesta de manera injustificada o ilegal tenga el efecto de imponer la reducción porcentual en otro proceso de contratación. El objetivo es impedir que una medida que no tiene un carácter sancionatorio (la multa en la contratación) y que ha sido cuestionada efectivamente ante la jurisdicción tenga una consecuencia lesiva en un proceso contractual posterior. Como indicó la procuradora, esa reducción es desproporcionada para el contratista que fue objeto de la multa injusta o ilegal porque este debe soportar, además, la consecuencia establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Todo ello, a pesar de haber iniciado efectivamente los medios de control en contra de los respectivos actos administrativos que le impusieron las multas.

79. Según ha establecido este tribunal, en el ámbito de la contratación estatal, las multas son medidas aceptables para prevenir la corrupción y controlar la gestión pública. Por su parte, el Consejo de Estado las ha definido como aquellas medidas pecuniarias de las que “puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales”. Desde luego, la imposición de una multa debe estar precedida de un debido proceso que finaliza con el acto administrativo respectivo.

81. Adicionalmente, indicaron que la previsión del legislador se hizo con el fin de evitar que esos actos tengan un efecto lesivo posterior debido al impacto en los nuevos procesos contractuales. De manera que un segundo objetivo es precaver la eventual responsabilidad del Estado por la pérdida de la oportunidad u otro daño antijurídico causado a los proponentes que vieron reducido el puntaje en la evaluación de sus ofertas por una multa que posteriormente fue declarada ilegal por la jurisdicción contencioso administrativa. Incluso, en la propia corrección de la demanda, se estableció que el fin de la medida:

“(…) es legítimo e importante, pues busca controlar las decisiones de la administración juzgando que se encuentren ajustadas a derecho. || La medida en concreto persigue un objetivo constitucional importante al incentivar que los administrados tengan la posibilidad de acceder a la jurisdicción para controvertir los actos de la administración”.

82. Para la Sala Plena, esas dos finalidades resultan importantes desde la perspectiva constitucional. Asimismo, estas permiten precisar que la norma objeto de control no es contraria ni a la presunción de legalidad ni a la firmeza de los actos administrativos. Como ha afirmado la Corte Constitucional, “bien se sabe que los actos administrativos son cuestionables ante la jurisdicción” porque el propio CPACA establece que aquellos se presumen legales “mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. Eso significa que la propia presunción deja a salvo la posibilidad de que esta sea desvirtuada en sede judicial.

83. Por esa razón, la Corte Constitucional ha sostenido que la presunción de legalidad de los actos administrativos no se opone a que la jurisdicción contencioso administrativa los pueda controlar e, incluso, suspender provisionalmente. De manera que, según el artículo 238 de la Constitución, la presunción de legalidad de los actos administrativos no es incompatible con los mecanismos o medios de control destinados a confirmar o desvirtuar jurisdiccionalmente esa presunción.

84. Dado que la presunción de legalidad es desvirtuable judicialmente, resultó razonable que el legislador tomara en cuenta la posibilidad de anulación judicial como un parámetro para distinguir entre dos grupos. Por una parte, quienes han iniciado oportunamente, con la debida diligencia y de buena fe los medios de control destinados a desvirtuarla y, por otra, quienes han aceptado que esta se consolide al renunciar voluntariamente (con su inacción) a ejercer los medios de control que el ordenamiento jurídico establece para impugnar los actos administrativos que les impusieron las multas.

85. Asimismo, la Corte encuentra que la medida objeto de análisis tampoco es contraria a la firmeza y obligatoriedad de un acto administrativo que impuso una multa. La Corte ha señalado que estos dos atributos se refieren a que aquel acto es: “obligatorio para el administrado y la administración, razón por la cual puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de la intervención de otra autoridad del Estado”.

86. Debido a que el acto administrativo se encuentra en firme (en los términos del artículo 87 del CPACA), la medida objeto de control tiene en cuenta que, precisamente, aquel solo puede ser cuestionado a través de una acción ante la jurisdicción. Del mismo modo, la excepción introducida por el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no suspende los efectos generales propios de la multa. Por el contrario, esta debe ser ejecutada por la administración y mantiene sus consecuencias como antecedente contractual negativo. Bajo esta segunda condición, en la evaluación de las ofertas, la entidad contratante debe considerar la existencia de las multas previas en los términos del párrafo segundo del mismo artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

87. En efecto, la inaplicación de la reducción no implica que el hecho de ser contratista incumplido no incida en la evaluación de las propuestas. De allí que el párrafo segundo del mismo artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 establezca que la reducción del puntaje o su excepción no excluyen la valoración que manda el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020. Este último ordena que las entidades contratantes consulten las anotaciones vigentes que tengan las personas naturales o jurídicas que pretenden contratar con el Estado. Además, ello incluye verificar el Registro Nacional de Obras Inconclusas. De manera que esas anotaciones pueden incidir directamente en la selección que realizará la entidad. Eso significa que la excepción objeto de control no impide que las multas se consideren como criterio de evaluación; pero no con la reducción del puntaje sino como antecedente y criterio de ponderación.

88. En esa línea, la Corte advierte que los actos administrativos que imponen las multas tienen la potencialidad de impactar la capacidad y las condiciones de competencia de quien fue multado en los procesos contractuales previos. El derecho a participar en la contratación con el Estado se ve limitado no solo por la reducción del puntaje establecida en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 sino porque las normas que orientan la contratación estatal ordenan tomar en cuenta esos antecedentes cuando se trata de valorar cada una de las propuestas u ofertas. Este último efecto no queda suspendido por la excepción objeto de control dispuesta en el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

89. En conclusión, la medida persigue varias finalidades legítimas e importantes constitucionalmente que se dirigen a proteger a los particulares, a precaver la eventual responsabilidad de la administración y a procurar el máximo número de proponentes. Ello

ocurre sin desvirtuar la presunción general de legalidad del acto administrativo que impuso la multa, sin obstaculizar su carácter firme u obligatorio y sin impedir que la multa sea considerada como un antecedente relevante en la evaluación tanto de las ofertas como de los proponentes.

6.2. La medida es efectivamente conducente

90. En el escrito de la demanda se indicó que la medida no era conducente porque incentivaría a todos los contratistas multados a iniciar los medios de control jurisdiccional en contra de los actos administrativos que les impusieron las multas. Esta tesis consecuencialista de la demanda partió de presumir la mala fe y la temeridad de las personas que acceden a la jurisdicción para impugnar un acto administrativo que les impuso una multa. En especial, cuando aquellas participan o pretenden participar dentro del año siguiente en un nuevo proceso de selección con la administración. Se trata de un reproche que se basa en aspectos de conveniencia y que es ajeno al juicio de razonabilidad del medio elegido por el legislador en el marco de un test de igualdad.

91. Sobre ese argumento que pretende negar la conducencia efectiva de la medida objeto de control, la Sala Plena considera oportuno realizar varias precisiones. En primer lugar, la Corte advierte que se trata de un argumento hipotético relacionado con una especie de incentivo perverso creado por el Congreso. Por supuesto, si tal consecuencia fuera cierta, resulta imprescindible concluir que esta operaría a favor todos los contratistas multados. De manera que no habría ninguna razón para advertir una vulneración del principio de igualdad. En efecto, todos los sujetos comparables tendrían buenas razones y cálculos para someter al control jurisdiccional los actos administrativos que les impusieron las multas con el único objetivo de evitar la reducción porcentual en la valoración de sus ofertas.

92. En segundo lugar, la interpretación que se basa en el incentivo perverso presume tanto la buena fe de quienes no demandaron como la mala fe de quienes accedieron al sistema judicial para cuestionar los actos administrativos que les impusieron las multas. Para la Corte, ese desequilibrio es contrario a un principio fundante del ordenamiento jurídico. En efecto, la Sala Plena reitera que el artículo 83 de la Constitución prohíbe que se asuma, sin justificación, que los ciudadanos actuarán con el único propósito de eludir la aplicación de la medida contenida en los dos primeros incisos del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Como

ha indicado la jurisprudencia de este tribunal, el principio de la buena fe no es un simple postulado retórico acogido por nuestra Constitución. Se trata de un concepto que tiene específicas consecuencias prácticas y que hace parte integral de todas las actuaciones administrativas y judiciales. De manera que la buena fe “se presume, y dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente”.

93. Por lo tanto, la presunción de la buena fe se aplica a las actuaciones que los particulares adelantan tanto ante las autoridades administrativas como ante el sistema judicial. De allí que solo excepcionalmente se admita que la ley presuma la mala fe o el dolo en casos muy precisos y justificados. En consecuencia, el efecto hipotético que los demandantes le atribuyen a la norma objeto de control implica presumir que el demandante de la multa siempre actúa en previsión de evitar una reducción futura del puntaje y que, para ello, presentará una demanda claramente infundada.

94. En tercer lugar, esta hipótesis desconoce que el ordenamiento jurídico procesal incorpora sanciones a la temeridad procesal y condenas en costas para quienes activan injustificadamente el sistema judicial. En efecto, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 le introdujo una adición al artículo 188 del CPACA relativa a la condena en costas. En esta se previó que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”. A su turno, el artículo 70 del Código General del Proceso dispone que existirá temeridad cuando “sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”. Asimismo, el artículo 60A de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (en adelante LEAJ) enlista los poderes correccionales del juez. En virtud de estos, el juez puede sancionar con multas a las partes y a sus representantes, entre otras, cuando: “a sabiendas, aleguen hechos contrarios a la realidad” y cuando usen el proceso para “fines claramente ilegales”. Estos elementos permiten inferir que, para que la hipótesis de los demandantes fuera cierta, no solo habría que presumir la mala fe de quienes cuestionaron los actos administrativos que les impusieron las multas, sino que es necesario anticipar que los mecanismos de protección que el ordenamiento prevé no cumplirán sus funciones de disuasión y corrección.

95. En contra del cuestionamiento a la conducencia de la medida, la Corte encuentra que el

legislador puede considerar válidamente la certidumbre de los ciudadanos sobre la ilegalidad de los actos administrativos que demandan y su acción correlativa de impugnarlos como un criterio diferenciador entre los dos grupos de sujetos. En efecto, el ejercicio de las acciones previstas en el CPACA ante la jurisdicción administrativa o los tribunales arbitrales implica la oportunidad de iniciar efectivamente un proceso para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo. El Congreso dispuso la diferenciación prevista en el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 bajo la convicción de que los proponentes acuden a la jurisdicción con buenas razones, oportunamente, una vez agotados los requisitos de procedibilidad y de buena fe. Adicionalmente, para disponer ese trato diferenciado, la ley no apeló a criterios subjetivos -como ha prohibido la jurisprudencia constitucional- sino a un hecho objetivo que es predicable de la propia persona que participa en el nuevo proceso de selección.

96. Finalmente, la Corte no encuentra que la medida sea contraria a la seguridad jurídica. La jurisprudencia constitucional ha establecido que este es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. Este tribunal ha indicado que la “seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo”. Por ejemplo, “en el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas o constituyentes, para intentar ciertas acciones públicas, para resolver los juicios de control constitucional abstracto” o para proferir cualquier decisión judicial.

97. En varias decisiones se han fijado los contenidos básicos del principio constitucional de la seguridad jurídica. Entre muchos otros, la interdicción de la arbitrariedad bajo la existencia de un marco normativo objetivo y expedido por las autoridades legalmente constituidas que resuelven las disputas o conflictos con base en el derecho vigente. La existencia de reglas conocidas que establezcan sistemas claros de competencias para las autoridades, la fijación de los procedimientos con etapas regidas por términos y fallos judiciales que “procuren el punto final de los asuntos que deciden (efecto de cosa juzgada) y produzcan el efecto material respectivo (eficacia)”. Finalmente, un sistema de justicia que pueda ser considerado como independiente. En ningún caso, la Corte ha establecido que la atribución de consecuencias claras y precisas para las acciones u omisiones de los particulares pueda ser contraria a la seguridad jurídica.

98. En ese contexto, la norma objeto de la demanda establece con claridad las consecuencias tanto de la acción (impugnar los actos administrativos que impusieron las multas) como de la omisión del oferente o proponente que no sometió al control jurisdiccional los actos administrativos que le impusieron una multa. Los ciudadanos indicaron que no hay seguridad jurídica para quienes no demandaron los actos respectivos porque el juez puede declarar conforme a derecho el acto administrativo que fue sometido a control. La Corte encuentra que la existencia de los recursos jurisdiccionales que puedan confirmar o desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo contribuyen a optimizar el principio de seguridad jurídica en lugar de constituir su menoscabo.

99. En definitiva, el legislador estableció que la excepción objeto de control es un medio para evitar que se cause un eventual daño antijurídico a los particulares y precaver la potencial responsabilidad de la administración. Para ello no configuró un mandato sino una opción que puede ser activada (o no) por los individuos cuando estos consideran que la multa les fue impuesta de manera injusta, arbitraria o ilegal. Si ello ocurre, deben poner en marcha efectivamente, de buena fe y oportunamente el sistema judicial a través de los medios de control que el ordenamiento prevé para impugnar esos actos administrativos. De manera que la finalidad de la norma se cumple por la conjunción del mandato legal con la acción diligente del particular que fue multado y que impugnó los actos administrativos que le impusieron una multa. De allí que la medida sea efectivamente conducente para evitar que se imponga una reducción del puntaje injustificada, se cause un posible perjuicio al particular o se incurra en el riesgo de causar la responsabilidad patrimonial de la administración.

6.3. El trato diferenciado es proporcionado

100. En el escrito de la demanda, los accionantes afirmaron que la medida no era proporcional porque afectaba la libre competencia. En su criterio, esa norma: “implica que quienes deseen ser proponentes en procesos de selección contractual tengan como deber, previo a entrar a participar en un proceso de selección en desventaja, presentar demandas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

101. La Sala debe precisar que la medida objeto de control no establece una barrera para el ingreso a los procesos de selección contractual. El acceso a la justicia -mediante la activación de un medio de control en contra de los actos administrativos que impusieron una multa- no

es una especie de prerequisite para presentar una oferta en un proceso precontractual dentro del año posterior. En definitiva, la decisión autónoma del proponente de someter a un medio de control los actos administrativos que le impusieron una multa no es una condición necesaria para participar en el proceso de selección.

102. En el marco de un juicio de igualdad con impacto en la libre competencia, la Corte entiende que el reparo de constitucionalidad se refiere al hecho de que a unos proponentes se les reduzca el puntaje en la evaluación de sus ofertas mientras que a otros no debido a que estos últimos han incoado los medios de control previstos en el CPACA. Sobre este punto, la Corte considera necesario reiterar que la libre competencia es un derecho individual y colectivo que implica que los actores del mercado puedan concurrir en función de sus esfuerzos, capacidades, acciones y talentos en un mercado regulado normativamente en condiciones de igualdad. De manera que la libre competencia también implica un trato igualitario a quienes se encuentran en una situación relevante semejante y un trato normativo diferente a quienes se encuentran en una situación relevante diferente.

103. Eso significa que la libre competencia (como la igualdad) no son ciegas en el sentido de omitir toda diferencia entre los actores de un determinado mercado. Por el contrario, tanto el imperativo de garantizar la libre competencia como la vigencia del principio de igualdad exigen consultar las condiciones materiales y fácticas de quienes, en este caso, concurren en un proceso precontractual.

105. De manera que el trato diferenciado entre los sujetos comparables se basa en que estos se encuentran en situaciones diferentes, obedece a decisiones adoptadas por ellos mismos y dispone de una consecuencia razonable con el fin de obtener los beneficios perseguidos por la norma. La Corte advierte que no puede haber un trato diferenciado que sea discriminatorio o que ponga en peligro la libre competencia, cuando el criterio diferenciador se basa en una acción u omisión de quien podría alegar la propia discriminación o trato diferenciado. Del mismo modo, la norma objeto de control se puede interpretar como una forma de garantizar que más proponentes pueden ingresar a la fase de selección sin reducciones del puntaje debido a multas que son objeto de control jurisdiccional. Ello optimiza, en lugar de menoscabar, la libre competencia.

106. Además, la Corte encuentra que la excepción objeto de control no constituye una

medida evidentemente desproporcionada porque, como se indicará en la siguiente sección de esta providencia, la aplicación de esa medida exige un hecho objetivo. Se trata de que los actos administrativos que impusieron la multa estén siendo efectivamente objeto de control jurisdiccional. En criterio de la Sala Plena, eso solo ocurre desde el momento en el que, una vez agotados todos los requisitos de procedibilidad aplicables, se haya ejercido efectivamente, con la debida diligencia y de buena fe un medio de control jurisdiccional no caducado mediante la presentación de una demanda idónea que satisfaga todas las exigencias de ley contra el acto administrativo que impuso la multa.

6.4. Conclusión: el ejercicio oportuno, efectivo, diligente, idóneo y de buena fe del medio de control jurisdiccional como requisito razonable para que se active la excepción

107. La Sala Plena considera imprescindible precisar que la exigencia de que los actos que impusieron la multa sean objeto de los medios de control respectivos implica, por lo menos, la interposición oportuna, diligente y de buena fe de la demanda correspondiente. Como la Corte indicó previamente, no es razonable el argumento hipotético formulado por los demandantes en el sentido de que todos los sancionados con multas presentarán demandas temerarias con el propósito exclusivo de evitar la reducción porcentual dispuesta por la regla del artículo 52 de la Ley 2195 de 2022. Ese argumento no solo es contrario al principio constitucional de la buena fe, sino que desconoce tanto el costo económico y de gestión que implica la presentación de una demanda ante la jurisdicción contenciosa como los mecanismos jurídicos para evitar, sancionar y remediar la temeridad en las acciones judiciales.

108. Por el contrario, la interposición oportuna, diligente y de buena fe de una demanda implica que esta satisface los requerimientos de forma, fondo y oportunidad establecidos en los artículos 162, 163 y 164.2 del CPACA. Asimismo, ello presupone que no ha operado la caducidad u otra causal de rechazo. Desde luego, esto también implica que se han satisfecho los requisitos de procedibilidad exigibles. En consecuencia, el costo de iniciar el medio de control es un buen mecanismo disuasorio de la temeridad eventual en la que los demandantes fundan su reproche de inconstitucionalidad y un fundamento objetivo de la distinción establecida en la norma objeto de control.

109. Para la Corte, la exigencia del ejercicio oportuno, efectivo, diligente, idóneo y de buena

fe del medio de control jurisdiccional es una interpretación adecuada y un mecanismo de racionalización de la activación de la excepción introducida en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley 2195 de 2022. Ese baremo evita la temeridad en la presentación de medios de control con el fin exclusivo de evitar la reducción del puntaje y garantiza que la excepción puede ser invocada por todo aquel contratista que, a pesar de ser multado, haya incoado, bajo esos parámetros, un medio de control de los que dispone la Ley 1437 de 2011. Además, ese estándar también fortalece la conducencia efectiva de la norma para obtener las finalidades con las que fue aprobada.

110. En consecuencia, para la Corte, el texto de la disposición objeto de control impone un elemento objetivo para considerar que los actos administrativos están siendo objeto de control jurisdiccional. Ese resultado viene dado por el ejercicio oportuno, efectivo, diligente, idóneo y de buena fe del medio de control jurisdiccional. Ello supone el cumplimiento de una serie de presupuestos básicos para que se pueda atribuir una seriedad mínima al reproche judicial formulado por el contratista que fue multado. Esta interpretación de la Corte aparece respaldada por la interpretación con efecto útil de la disposición del párrafo objeto de control y por el lenguaje que usa el tiempo presente como indicativo de un resultado.

111. Por otra parte, en el escrito de intervención de la Universidad Libre se indicó que la aplicación de la excepción debía quedar condicionada a que en el proceso judicial se decretara la medida cautelar de la suspensión provisional del acto administrativo que impuso la multa. Para la Corte, esta es una exigencia desproporcionada. Por una parte, la autoridad judicial puede considerar que la demanda es admisible pero que no hay lugar a decretar esa medida cautelar. Como indican tanto el artículo 238 de la Constitución como el artículo 231 del CPACA, esa decisión es facultativa y se adopta mediante una providencia que es apelable. Todo ello implica que, aunque se decrete la medida para evitar un perjuicio irremediable, esta se adoptaría con una dilación y en un estado muy avanzado del proceso que dejaría sin efecto útil el objetivo del legislador de exceptuar de la sanción al contratista que interpuso los medios de control contra el acto que le impuso la multa en el último año. De manera que el condicionamiento que solicita el interviniente priva de su efecto útil a la norma objeto de control y acabaría con la idoneidad de la medida para lograr los fines constitucionales que la justifican.

112. Por supuesto, la Corte también encuentra que la excepción establecida en el párrafo

objeto de control reconoce que el contratista multado injustificadamente no puede quedar sujeto a que el medio de control sea fallado en la primera o segunda instancia. En este caso, como en la suspensión provisional, la medida perdería su idoneidad para lograr los fines constitucionales que legitiman su existencia. Esto es, salvaguardar a los particulares de afectaciones injustificadas en la valoración de sus propuestas por las multas que les impusieron en el último año cuando han hecho un ejercicio oportuno, efectivo, diligente, idóneo y de buena fe del medio de control jurisdiccional.

113. En conclusión, el principio constitucional de la buena fe impone asumir que el particular que interpone los medios de control contra el acto que le impuso una multa actúa con base en la creencia legítima de que ese acto sancionatorio fue contrario al derecho. Si, además, ello aparece respaldado con el ejercicio oportuno, efectivo, diligente, idóneo y de buena fe del medio de control jurisdiccional, entonces la buena fe deja de ser subjetiva (mera creencia) y se objetiviza. Dado que la buena fe no es un principio absoluto e incompatible con la exigencia de fundamentos objetivos, aquella acción es un fundamento que respalda la creencia que ordena la Constitución para que las actuaciones de los particulares ante las autoridades sean consideradas como adecuadas a ese principio constitucional. Se trata de una exigencia apenas proporcional para quien pretende beneficiarse de la excepción establecida en el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

114. Por todo lo anterior, la Sala Plena encuentra que la medida tiene varias finalidades legítimas e importantes desde una perspectiva constitucional, establece un medio idóneo para obtener esos propósitos y exige una conducta proporcionada que justifica el trato diferenciado entre los sujetos comparables. En consecuencia, la Corte Constitucional declarará la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

7. Síntesis de la decisión

115. La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió una demanda contra el párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. El demandante consideró que la distinción entre contratistas multados que incoaron los medios de control para impugnar las multas y aquellos que no lo hicieron era contraria al principio de igualdad.

116. En primer lugar, la Corte reiteró su jurisprudencia sobre la amplia competencia legislativa en materia de contratación estatal, los límites generales y específicos de esa

facultad y el carácter no absoluto de la libre competencia. La Sala Plena mantuvo que el Congreso puede establecer diferenciaciones objetivas para la selección de los contratistas sin que ello implique una violación del principio de igualdad o de libre concurrencia. De manera que se prohíben distinciones subjetivas que se fundamenten en intereses o afectos, pero no se proscriben otro tipo de tratos diferenciados que se refieran a parámetros verificables objetivamente.

117. A continuación, el tribunal reiteró la metodología del juicio de igualdad y le aplicó ese test a la norma objeto de control. La Sala encontró que en este caso era necesario implementar un escrutinio de intensidad intermedia porque, a pesar de estar involucrada una clara competencia de un órgano constitucional, se acusaba la afectación de principios y derechos constitucionales adicionales a la igualdad.

118. Como resultado del juicio, la Corte advirtió que la medida establecía un trato diferenciado entre dos tipos de sujetos. No obstante, esa distinción se consideró compatible con la Constitución porque obedecía a finalidades legítimas e importantes (evitar posibles daños a los particulares y precaver la eventual responsabilidad de la administración). Asimismo, se concluyó que la medida era conducente para lograr esos objetivos sin poner en peligro la seguridad jurídica, la firmeza de los actos administrativos que impusieron las multas o los efectos de estos como antecedentes contractuales.

119. La Sala Plena también encontró que el trato diferenciado no era desproporcionado porque, para beneficiarse de la excepción, se exigía una acción o factor objetivo razonable de parte del proponente. Este consistía en que, una vez agotados todos los requisitos de procedibilidad aplicables, se haya ejercido efectivamente, con la debida diligencia y de buena fe un medio de control jurisdiccional no caducado mediante la presentación de una demanda idónea que satisfaga todas las exigencias de ley contra el acto administrativo que impuso la multa. De manera que, según la Corte, esa distinción es razonable, obedece a situaciones diferenciadas entre los sujetos y no vulnera la concurrencia entre los oferentes o proponentes.

120. Finalmente, y bajo esos argumentos, la Corte declaró la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 exclusivamente en relación con el cargo admitido y analizado en esta providencia.

. Decisión

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

RESUELVE

Declarar la exequibilidad del parágrafo primero del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 únicamente por el cargo resuelto en esta providencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Aclaración de voto

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-154/23

Referencia: Expediente D-14.870

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 58 (parcial) de la Ley 2195 de 2022 “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.”

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

1. 1. La Sentencia C-154 de 2023 estudió la demanda contra una disposición del régimen de contratación estatal que reduce el puntaje de los proponentes por el incumplimiento en contratos previos, salvo que estos hayan recurrido las sanciones ante la jurisdicción competente. Según el demandante, esto produce un trato que vulnera el principio de igualdad. La Corte declaró exequible la norma al concluir que el tratamiento diferenciado estaba justificado en finalidades legítimas, y no resultaba desproporcionado.

2. Acompañé la decisión de la Corte pues coincido en que, dentro del margen de configuración, el Legislador puede definir los elementos de la contratación estatal e introducir distinciones razonables entre los proponentes. Aunque en términos generales apoyé los razonamientos (intensidad del test y su desarrollo), así como la conclusión a la que llegó la Sala Plena, tengo comentarios frente a algunos de los puntos desarrollados, a los cuales me referiré a continuación.

3. En el análisis de conducencia (segundo paso del test), la sentencia responde a los argumentos de los accionantes según los cuales la norma genera un incentivo perverso para que todos los contratistas multados acudan a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y así atacar las multas impuestas, lo que desconocería el principio de buena fe en que se soporta el ordenamiento constitucional (párrs. 90-95).

4. Pero, más que descartar los argumentos de los accionantes, en este acápite le correspondía a la Corte explicar por qué la medida era conducente para lograr los fines buscados. Como la misma providencia explica páginas atrás, el análisis de conducencia consiste en indagar si los medios escogidos por el Legislador resultan adecuados para alcanzar el fin propuesto. En tal sentido, no bastaba con señalar que los accionantes se equivocaron al partir de una lectura que presume la mala fe de los contratistas, sino que también le correspondía a la Corte dar cuenta hasta qué punto el medio escogido por el Legislador era realmente conducente para alcanzar la finalidad propuesta.

5. Para ello, pudo haber señalado, por ejemplo, que la disposición salvaguarda a los particulares de afectaciones injustificadas en la valoración de su propuesta, así como también evita la potencial responsabilidad de la administración, en tanto que excepciona de la reducción en la valoración a todos aquellos proponentes que razonablemente han acudido al juez competente para controvertir la multa en su contra, con independencia del resultado final. Estos argumentos, empero, no fueron desarrollados por la sentencia, la cual se orientó a controvertir los argumentos de la demanda, en vez de explicar la conducencia de la disposición, como exige el test de proporcionalidad.

7. Comparto la conclusión, pero pienso que ésta refleja tan solo una de las facetas que debió haber estudiado la Corte. En efecto, la proporcionalidad en este asunto no solo se aborda desde los derechos y garantías fundamentales de los proponentes, sino que también

implicaba valorar, del otro lado, el impacto de la medida sobre los principios que rigen la contratación estatal y que en últimas remiten a salvaguardar el interés general, a través de la búsqueda de contratistas idóneos, comprometidos y cumplidos en sus relaciones con el Estado. De modo que el análisis de proporcionalidad no debería reducirse a la perspectiva de los derechos de los contratistas, sino que debería cobijar lo que el Legislador buscó de forma general con el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 que como su título indica, persigue la transparencia, prevención y lucha contra la corrupción.

8. Además, me parece evidente que sí se afecta la presunción de legalidad del acto administrativo cuando el Legislador (y no un juez de la República) le resta efectos a la imposición de una multa, al menos en lo que respecta a la calificación de los proponentes que participan en contratos públicos (párrs. 82-85). En últimas, lo que la disposición bajo análisis señala es que no opera la reducción de puntaje en caso de multa, cuando el interesado la haya cuestionado ante la jurisdicción competente, sin saber aún -por supuesto- a qué decisión se llegará en el proceso judicial.

9. En mi concepto, es innegable que sí hay una afectación a principios constitucionales relevantes, como la presunción de legalidad de los actos administrativos. En lo que sí coincido con la mayoría -y por lo cual acompañé la decisión- es que tal afectación no es intensa ni abiertamente desproporcionada por cuanto: (i) no suspende de forma general los efectos de un acto administrativo, sino solo para efectos de la calificación de un puntaje en contratación pública; (ii) las multas en materia contractual no son, en sentido estricto, una sanción, y en tal medida la imposición de una multa no convierte automáticamente en “incumplidor” o “indeseable” a un proponente; (iii) no es irrazonable permitir que un contratista que ha sido multado, pero que la ha cuestionado ante los jueces administrativos, pueda competir en igualdad de condiciones frente a los demás proponentes.

10. Estos argumentos no están presentes en el análisis de proporcionalidad, sino que extrañamente se esbozan en el examen de la finalidad de la medida. Dicho esto, considero que la Sentencia C-154 de 2023 pudo profundizar en el análisis de proporcionalidad para reflejar así los distintos intereses y derechos en tensión, más allá de la perspectiva de los proponentes. En últimas, lo que estaba en discusión era la selección de los mejores proponentes posibles y una afectación -al menos parcial- sobre la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Sentencia C-154 de 2023