

Sentencia C-415/94

PRINCIPIO DE LEGALIDAD/LIBERTAD ECONOMICA

El legislador no pretende mediante las disposiciones acusadas, introducir límites a la actividad económica y a la iniciativa privada. Las normas forman parte del estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 80 de 1993), cuyo objeto es regular este aspecto tan relevante de la actividad estatal. Regular la función pública, en particular la contratación estatal, es enteramente diferente de intervenir en la actividad económica y en la libre competencia. Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Inhabilidades

Una vez el Legislador identifica una situación específica que puede gravemente afectar el interés general puede legítimamente prohibir las conductas que la configuran. La mencionada prohibición, entre las múltiples formas que puede adoptar, puede tener el carácter de inhabilidad sancionable con nulidad absoluta. En realidad, las inhabilidades establecidas en la ley, no se destinan a castigar a quien formula con posterioridad una propuesta. Como se ha expuesto, este no es ni el objetivo ni la materia de las normas. Las inhabilidades no pueden reducirse ni captarse bajo la única perspectiva de las consecuencias materiales que ellas puedan acarrear para una determinada persona, sin tomar en consideración su verdadero objeto y sentido, que son los elementos que integran el componente principal de la limitación legal y que, adicionalmente, explican y autorizan por sí mismos los efectos materiales que se producen en la esfera vital de las personas comprendidas en su radio de acción.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La buena fe se afianza gracias a estas disposiciones del derecho positivo que se inspiran en ese postulado y así logran crear un cauce y un marco seguros a la actividad estatal y particular. De impedirse al legislador dictar este tipo de regulaciones, en el fondo se le estaría cercenado la función más elemental que le competente, la cual consiste en definir el ámbito de lo lícito y de lo ilícito. En la materia que ahora ocupa a la Corte, ni siquiera sería posible delimitar el contenido y alcance del orden público contractual, que resulta indefinido por fuera del régimen de incompatibilidades, inhabilidades y nulidades, el cual a su turno es irrealizable si se prohíbe al Congreso descalificar comportamientos y tener una conciencia crítica y preventiva.

Referencia: expediente D-491

Actor: Luis Ricardo García Jaramillo

Demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de Ley 80 de 1993 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Aprobado por Acta N° 52

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Jorge Arango Mejía y por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad del artículo 8 literales g) y h) del numeral 1º de la Ley 80 de 1993 “Por el cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública”

I. TEXTO DE LAS NORMAS REVISADAS

LEY 80 DE 1993

(Octubre 28)

“Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

Artículo 8º. De las Inhabilidades e Incompatibilidades para contratar.

1º. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
 - f) Los servidores públicos.
 - h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.
 - i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.
- ...

(Se subraya la parte demandada)

II. ANTECEDENTES

El Congreso de la República dictó la Ley 80 de 1993, publicada en el Diario Oficial Nº 41.084 de octubre 28 de 1993. El artículo 8º regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. En el numeral 1º se consagran las diversas inhabilidades en tanto que en el numeral 2º se contemplan las incompatibilidades.

Para una mayor claridad expositiva, se resumirán, en primer término, los cargos que el actor endilga a las normas acusadas y, en segundo término, se introducirán las tesis y argumentaciones del Ministerio Público y demás funcionarios y personas que intervinieron en el proceso. Si respecto de un cargo en particular no se menciona la posición de cualquiera de las personas nombradas, ello obedece a que en su respectivo escrito no se encontró el correlativo argumento.

Normas constitucionales violadas

Las disposiciones demandadas, a juicio del actor, desconocen los artículos 2, 13, 16, 25, 26, 38, 40, 58, 60, 83, 84, 209, 210, 333, 334 y 365 de la CP.

Primer cargo: la limitación legal (CP art. 333)

Impedir legalmente que una persona participe en una licitación o concurso, en razón de que su cónyuge o compañero permanente, o un pariente suyo dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, previamente hubiere presentado propuesta en la misma licitación o concurso, viola el artículo 333, pues restringe la actividad económica y la libre competencia con base en un requisito puramente formal no sustentado en “el bien común y [en] los superiores intereses de la comunidad” y, por ende, arbitrario.

En efecto, bien miradas las cosas, las inhabilidades que se cuestionan, se aplican a quien formula la segunda propuesta. “los literales objetados, al establecer las incompatibilidades (sic), estudiadas” (...), limitan la libertad e iniciativa privadas de las personas, sociedades y consorcios interesados en contratar con el Estado, al someterlas bajo la amenaza de tales obstáculos jurídicos, a la acelerada “carrera” por presentar “formalmente” la primera propuesta con el fin de no inhabilitarse; con el agravante de colocar de hecho fuera de la competencia licitatoria o concursal a quienes no obraron con la celeridad anotada; resultando así que tal limitación libertaria, en el fondo no surge realmente de la intrínseca condición jurídica o moral del proponente, sino de una mera “formalidad inserta en el procedimiento administrativo”.

La peculiaridad de las inhabilidades legales, de la cual se deriva su arbitrariedad, según el demandante, surge de sus notas características, principalmente de la primera. Ellas son: (1) el pariente que, formalmente, primero presenta su propuesta inhabilita automáticamente a los demás que lo hacen con posterioridad; (2) las inhabilidades son horizontales, en cuanto se predicen de los miembros de una misma parte, precisamente en la que se ubican los licitadores; (3) las inhabilidades tienen la proclividad de generar situaciones anormales, tales como las de que un pariente postule ficticiamente con miras a negociar más tarde su salida o que un tercero mediante la vinculación de parientes de un eventual competidor logre sustraerlo de la negociación.

Posición del Procurador General

(1) La limitación legal se inspira en el principio de transparencia en el proceso de selección del contratista que, por ser omnicomprensivo de conceptos tales como el de contradicción, publicidad y moralidad administrativa, responde a los postulados del artículo 209 de la CP.

(2) La autonomía de la voluntad no es absoluta, pues, se encuentra delimitada por el interés

público, máxime cuando se trata de la contratación pública.

(3) En aras de la prevalencia del interés general (CP art. 1) y del bien común (CP art. 333), el Estado debe evitar que “las desigualdades de hecho y posiciones privadas de preeminencia, disminuyan o restrinjan las garantías que tienen los más débiles para acceder al contrato”. En este sentido, se justifica “evitar la ocurrencia de prácticas monopolísticas que menguen la igualdad de condiciones de las personas en contratar con el Estado, en la modalidad de una especie de nepotismo surgido del vínculo de parentela”.

(1) Con el objeto de preservar la libre competencia, la igualdad y la transparencia, se dictaron las disposiciones acusadas, que tienen el carácter de garantía de la mayoría – “la libre competencia es un derecho de todos” – contra los que contratan a pesar de sus nexos de parentesco.

Segundo cargo: consecuencias de la exclusión de la licitación o concurso (CP arts. 333, 334, 13, 209, 14, 16, 25, 333 inc. 3, 26 y 84)

La exclusión que sufre el inhabilitado, aparte de arbitraria, genera una serie de afectaciones específicas, tanto a nivel de los principios constitucionales, como de sus derechos fundamentales. La privación legal no es compatible con la filosofía que guía la intervención del Estado en la economía, que ha de propender a “la distribución equitativa de las oportunidades” (CP art. 334), como tampoco comulga con el principio de imparcialidad de la función administrativa (CP art. 209). En lo que concierne a los derechos del “excluido”, se observa: se le hace objeto de un tratamiento diferenciado en relación con sus parientes que formalizaron en primer término la oferta (CP art. 13); se ignora su personalidad jurídica (CP art. 14); se desconocen sus propios objetivos individuales y sociales (CP art. 16); se le impide ejercer su trabajo, escoger y desarrollar su profesión (CP art. 25, 26 y 84); se vulnera su derecho a la libre competencia (CP art. 333); se hace caso omiso de su derecho a participar en el ejercicio del poder público y al desempeño de tales funciones a través de la contratación oficial (CP arts. 40-7, 210 inc. 2 y 365 inc. 2); se le priva del derecho de propiedad y de obtener provecho de su patrimonio afecto a la actividad de contratación (Art. 58).

Posición del Ministerio de Gobierno

(1) Las medidas en relación con las personas que tengan nexos de parentesco, abonan el principio de imparcialidad de la función administrativa (CP art. 209) y, en la Carta, se encuentran varios ejemplos de ellas (CP arts. 126, 127 inc. 1, 179-5 y 6, 292).

(2) No se configura una discriminación en razón del origen familiar. “Si esas mismas personas no concurren simultáneamente a ofertar, no habrá lugar a la inhabilidad”.

(3) Las inhabilidades contribuyen a que la igualdad sea real y efectiva (CP art. 13).

(4) La inhabilidades consagradas, no violan el derecho a la propiedad, en cuanto no constituyen una expropiación.

Tercer cargo: libertad de asociación (CP arts. 38 y 60)

Las disposiciones legales llevarán a que, con miras a evitar sus consecuencias, las sociedades dedicadas a la contratación administrativa se abstengan de vincular como socios o administradores a personas que puedan dar lugar a las inhabilidades legales y, en caso, de estarlo, buscarán apartarlas. De este modo, se quebrantan las normas de la Constitución citadas.

Posición del Ministerio de Gobierno

(1) “los familiares, cónyuges y compañeros siguen teniendo libertad para fundar las sociedades y asociaciones que tengan a bien, pues los literales g) y h) (art. 8, ord. 1, L 80-93) no lo prohíben”.

Cuarto cargo: la Buena fe (CP art. 83)

Contra el indicado principio, la ley presume que la mera relación de parentesco suscita “maniobras dolosas”, y a partir de esa idea construye las inhabilidades objeto de censura.

Posición del Ministerio de Gobierno

(1) La presunción de la buena fe, en modo alguno inhibe al Legislador para dictar reglas y fijar requisitos, particularmente para combatir la imparcialidad, la que por su misma

naturaleza está asociada a las relaciones afectivas del ser humano “con sus semejantes”. De otra parte, regímenes de inhabilidades e incompatibilidades son comunes en los distintos dominios públicos y privados. Su desaparición conduciría a la “entronización de la parcialidad”.

FUNDAMENTOS

Competencia

1. En los términos del artículo 241-4 de la CP, la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

La limitación legal

2. Según el demandante, la ley restringe indebidamente, en el campo de la contratación administrativa, la libertad económica y el derecho a la libre competencia (CP art. 333) de los parientes y sociedades distintas de las anónimas abiertas, vinculados unos y otras de acuerdo con los nexos que aquélla indica, con aquellas personas que formalmente y, en primer término, hubieren presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

La restricción aludida se concreta en sendas inhabilidades que la ley consagra y que se traducen, a juicio del actor, en un mecanismo peculiar en cuya virtud el pariente que primero formula la propuesta, en el curso de una licitación o concurso, automáticamente inhibe la actividad negocial de sus parientes próximos en ese mismo procedimiento, lo que igualmente se predica de la sociedad anónima no abierta que observe similar conducta y que, por contera, impedirá que otra de la misma naturaleza respecto de la cual se prediquen ciertas vinculaciones por el parentesco de socios y administradores, pueda hacer lo propio.

Para realizar la actividad económica y para competir, en la esfera de la contratación pública, se impone una restricción consistente en que para hacerlo se precisa que la persona o la sociedad aptas para ese efecto no cuenten con parientes o sociedades relacionadas – en los términos de la ley – que, previamente, hubieren realizado una acción dentro del mismo

procedimiento licitatorio o concurso en el que deseen participar: radicar formalmente una propuesta. La peculiaridad, en la que insiste el demandante, estriba en que se establece por la ley una regla de participación que privilegia, entre personas y sociedades igualmente aptas para proponer, a aquélla que primero haga conocer su oferta. Con otras palabras, la persona o sociedad no abierta que formule primero una propuesta en una determinada licitación o concurso, impide que su igual (pariente o sociedad no abierta relacionada) pueda participar en ella como proponente.

La explicación anterior ilustra el aserto del demandante que ve en las normas acusadas una limitación legal puramente formal a la actividad económica y a la libre competencia, en cuanto se resuelve en últimas en un sistema que permite al primer proponente inhabilitar al segundo. En suma, en su concepto, infiere la Corte, no califica como interés social (CP art. 333) que sirva para delimitar el alcance de la libertad económica y la libre competencia, en el dominio de la contratación administrativa, la consagración legal de una inhabilidad de la que se siga que el primer proponente en una licitación o concurso abierto por una entidad pública, por el sólo hecho de haber formalizado previamente su oferta, pueda impedir la participación como licitantes de otras personas interesadas en participar en la misma licitación o concurso, así puedan existir lazos de parentesco o de otra índole entre ellas.

3. Las partes intervenientes en este proceso constitucional, distintas del demandante, no toman en consideración la anotada singularidad que se deduce de las inhabilitaciones legales y, por este motivo, no se encuentran en sus tesis argumentos que sirvan para confrontar el que aquél esgrime como eje de su impugnación constitucional.

4. Debe concederse al demandante que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP, la libertad de empresa – en el lenguaje de la CP “la actividad económica y la iniciativa privada” – y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la

coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que “las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica” (CP art. 150-21).

5. Igualmente, cabe reconocer que las inhabilidades examinadas, se configuran si con antelación a la propuesta que formula una persona o sociedad cerrada, un pariente suyo u otra sociedad cerrada, relacionados ésta y aquél con los primeros, en el grado y forma que determina la ley, han presentado propuesta en la misma licitación o concurso y, por consiguiente, se predican exclusivamente de quienes realizan posturas con posterioridad. No se remite a duda que la aplicación de las inhabilidades, no es ajena a un momento previo y a uno sucesivo. Precisamente, de ésto último toma pie el demandante para advertir sobre la presunta peculiaridad del mecanismo inhabilitador, la que tacha de arbitraría toda vez que funciona según la siguiente regla, “el proponente que llega primero inhabilita al que llega después”.

6. Observa la Corte, sin embargo, que si bien se trata indudablemente de una limitación, el actor equivocadamente la interpreta al ubicarla en el campo de la libertad económica. El legislador no pretende mediante las disposiciones acusadas, introducir límites a la actividad económica y a la iniciativa privada. Las normas forman parte del estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 80 de 1993), cuyo objeto es regular este aspecto tan relevante de la actividad estatal. Regular la función pública, en particular la contratación estatal, es enteramente diferente de intervenir en la actividad económica y en la libre competencia.

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe

someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

La presencia del contratista particular en este contexto se origina en la misma ley que la contempla y se desarrolla con arreglo a sus disposiciones que regulan sus derechos, obligaciones, deberes, cargas y responsabilidades. La colaboración del particular, reclamada y regulada integralmente por la ley, no convierte la materia contractual estatal en privada, pues ella con independencia de sus modalidades corresponde a una actividad pública, tanto por el objeto que procura como por el interés general que la anima. Sería, de otra parte, absurdo, sostener que el estatuto contractual se introduce en una materia privada cuando al regular los contratos estatales se refiere a los contratistas particulares. La materia contractual, asume un vínculo negocial único, que mal puede escindirse en dos naturalezas contrapuestas.

Lo anterior es suficiente para desechar la pretensión del demandante de juzgar las limitaciones legales a la luz de los artículos 333 y 334 de la CP, como si ellas se enderezaran a restringir la actividad económica y la iniciativa privada.

7. Sentada la anterior premisa, el eje del problema se desplaza al campo de la regulación legal de la contratación pública. Se pregunta la Corte, si está de acuerdo con la Constitución que el estatuto general de contratación (CP art. 150), consagre inhabilidades en cuya virtud se impida participar en una licitación o concurso abierto por una entidad pública, a las personas o sociedades cerradas, sólo porque con antelación se hubieren formalizado propuestas dentro del mismo procedimiento contractual por parte de otra persona que estuviere ligada con las primeras por una relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o por parte de otra sociedad igualmente cerrada cuyos socios o administradores tengan similares lazos de consanguinidad o afinidad con los de aquélla.

8. Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150).

La ley contractual, así sea ajena a la regulación de la libertad económica, se sujeta, como toda norma, al cumplimiento de la Constitución. Agotado, por tanto, el examen de la

competencia, se continuará respecto de los demás aspectos.

9. Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado.

10. El demandante ha ofrecido las razones que, en su concepto, lesionan los derechos constitucionales a igual reconocimiento de la personalidad jurídica que merecen los destinatarios de las inhabilidades consagradas por la ley acusada, desestimando, de paso, el interés general que las inspira. La Corte se propone ofrecer las razones de interés general que, considera, sirven de fundamento a dichas inhabilidades.

11. A través de la licitación y el concurso, se instituye por la ley un procedimiento contractual, que se orienta, de una parte, a obtener para la entidad pública la selección objetiva del respectivo contratista que gracias a la competencia que se suscita entre los licitantes ofrezca las condiciones más favorables y provechosas para el interés público y, de otra, a asegurar la igualdad de oportunidades entre los particulares para contratar con el Estado.

No puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga las oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia. Para el efecto es de rigor que se mantenga el secreto de las propuestas hasta el momento en que se abra la urna. Igualmente, para este propósito, se precisa, que entre los participantes, estimulados por la sana confrontación, se imponga la vigilancia recíproca de modo que se denuncie todo tipo de vicios e incorrecciones que se observe en el proceso.

La ley asume que por regla general el sentimiento de lealtad y de intimidad familiar se sobrepone al de competencia material entre sus miembros.

La adjudicación del contrato a uno de los miembros de la familia, en todo caso, representa un provecho familiar que, puede, inclusive, estimular la colusión contra el Estado y los demás participantes, así como también, antes de la apertura de la urna, llevar a la ruptura del secreto respecto de las ofertas y sus condiciones.

La posición del Legislador a este respecto no es en modo alguno peregrina. El Constituyente, por su parte, ha tomado en cuenta el anotado sentimiento de lealtad dentro de la familia y le ha otorgado el debido respeto como factor de cohesión de ese grupo humano, núcleo esencial de la sociedad. En efecto, el artículo 33 de la CP prohíbe que se obligue a una persona a declarar contra sí misma o contra sus familiares próximos. No puede, por ello, reprocharse al Legislador que en atención al consabido sentimiento de lealtad familiar, consagre una inhabilidad con el objeto de prevenir que, sin motivo alguno digno de protección, pueda la familia a través de sus miembros perjudicar eventualmente al Estado o a terceros.

A las anteriores razones que justifican la restricción legal, se suma el designio patrocinado por el mismo Constituyente (CP arts. 126, 179 – 5 y 6 y 292), de poner término al fenómeno del nepotismo que lastima el primado de la igualdad de oportunidades y de acceso al servicio público en todas sus múltiples manifestaciones. Cuando en una misma licitación o concurso, intervienen varios licitantes ligados por estrechos lazos de consanguinidad o afinidad, la probabilidad de que el contrato se adjudique a un miembro de una misma familia es mayor. La ley pude y debe remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva. En Colombia el nepotismo ha obrado como rémora de la igualdad y en la causa de su

eliminación está comprometida la misma Carta Política.

Se ha demostrado que la participación en una misma licitación de licitantes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a un riesgo alto de que se frustren los dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos: igualdad de oportunidades para particulares y obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado.

Las razones expuestas le dan precedencia, en esta ocasión, a la defensa del interés general que se antepone a la igualdad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, que podrían alegarse desde el punto de vista de las personas a quienes se extienden las inhabilidades. En efecto:

(1) La presencia de familiares en una misma licitación o concurso, puede seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos. La pérdida que se produce en la esfera pública es incommensurable frente al sacrificio individual que eventualmente se verifique. La contratación estatal, según lo ordena la Constitución (CP art. 209) y la ley (Ley 80 de 1993, arts. 24, 25 y 26), debe adelantarse de acuerdo con los principios de transparencia, igualdad, moralidad y economía. La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan. La participación de parientes en una misma licitación o concurso, quebranta este supremo presupuesto negocial, en detrimento de la lealtad y sana emulación entre los oferentes, lo que a su turno genera desigualdad y propicia la inmoralidad, la cual bien puede desembocar en colusión y pérdida económica para el Estado que no sabrá si objetivamente está en un momento dado seleccionando la mejor propuesta. El alto riesgo asociado a la intervención de familiares en una misma licitación o concurso, que puede desacreditar tan importantes mecanismos contractuales, en los cuales el Estado cifra la posibilidad de escoger objetivamente al mejor proponente y permitir el acceso igualitario de los particulares, representa un precio demasiado alto que se obligaría a pagar a la sociedad, si se decide hacer caso omiso de esa situación a fin de permitir su participación.

(2) En estas condiciones, el igual reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros de la familia o de los relacionados con éstos, para los propósitos de autorizar su participación en una misma licitación o concurso, a más de poder desvirtuar el mecanismo contractual, resultaría en una concesión puramente formal, donde se requiere, en cambio, que las

personas formal y materialmente obren de manera separada y autónoma. La probabilidad no desestimable de que los miembros de una misma familia concierten entre sí, en perjuicio de los restantes licitantes y del mismo Estado, pone de presente que la alta posibilidad de unificación material de designios, no justifica la extensión del anotado reconocimiento que, además de ser puramente formal, perjudicaría a los licitantes y al Estado. Las incapacidades especiales son de recibo, entre otros casos, cuando el ejercicio de la capacidad pueda ser excesiva y desproporcionadamente lesiva para los terceros y la sociedad en general, probado lo cual es posible restringir excepcionalmente el campo negocial del sujeto, en el que indudablemente se proyecta parcialmente su personalidad.

(3) Las limitaciones a la capacidad de las personas, como potenciales contratistas del Estado, si bien deben observar la regla de la excepcionalidad, también han de dirigirse a concretar el interés superior del Estado, uno de los cuales es el de poder seleccionar objetivamente la mejor propuesta. De ésto último, pueden surgir restricciones y variadas reducciones, cuya validez dependerá de su adecuada y razonable justificación y conexidad con dicho fin. El desplazamiento de las limitaciones examinadas a la esfera del Estado y de la función pública, descubre precisamente que ellas reflejan exigencias propias de este sector que no alcanzaba a vislumbrar el demandante, para quien las mismas se ubicaban en el campo de la actividad económica libre y, por tanto, obedecían a una lógica diferente. Lo dicho por la Corte en este acápite es suficiente para demostrar que en el terreno de lo público, las limitaciones legales estudiadas, actualizan adecuada y razonablemente el interés superior del Estado.

Concluye la Corte que dado que los intereses de los miembros de una familia, tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación.

12. Una vez el Legislador identifica una situación específica que puede gravemente afectar el interés general, como la que se acaba de analizar, puede legítimamente prohibir las conductas que la configuran. La mencionada prohibición, entre las múltiples formas que puede adoptar, puede tener el carácter de inhabilidad sancionable con nulidad absoluta (ley 80 de 1993, arts. 8-g y h; 44).

La limitación legal - en este evento la inhabilidad-nulidad -, contiene una orden de abstención (prohibición), que recae sobre la persona o sociedad cerrada que en los términos de la ley tenga nexos con otra que previamente hubiere formalizado una propuesta en la misma licitación o concurso. La causa de la prohibición, se reitera, es la protección del interés general. La consecuencia que se deriva de incumplir el mandato legal, sin perjuicio de la que emana del Código Penal, es la de viciar con nulidad absoluta el vínculo contractual así conformado.

El demandante hace abstracción de la estructura jurídica de la inhabilidad (prohibición, causa y efecto) y de su justificación, y repara tan sólo en las consecuencias materiales que se deducen de la misma para quien resulta inhabilitado. En este orden de ideas, concluye el actor que la inhabilidad establecida corresponde al esquema que puede sintetizarse en la expresión "la persona que primero propone impide a sus relacionados proponer después". Vista así la inhabilidad, se la despoja de todo sentido y se torna fácil la invectiva de arbitrariedad que profiere el demandante en su contra.

En realidad, las inhabilidades establecidas en la ley, no se destinan a castigar a quien formula con posterioridad una propuesta. Como se ha expuesto, este no es ni el objetivo ni la materia de las normas. Las inhabilidades no pueden reducirse ni captarse bajo la única perspectiva de las consecuencias materiales que ellas puedan acarrear para una determinada persona, sin tomar en consideración su verdadero objeto y sentido, que son los elementos que integran el componente principal de la limitación legal y que, adicionalmente, explican y autorizan por sí mismos los efectos materiales que se producen en la esfera vital de las personas comprendidas en su radio de acción.

No es posible que el régimen de incompatibilidades o inhabilidades, deje de producir consecuencias limitativas en las posibilidades de las personas cobijadas por ellas. Si existe un interés general relevante que se protege con su imposición, no sería posible establecer la prohibición mediante la cual se garantiza, si la condición para hacerlo fuera la de que dichas consecuencias limitativas dejaran de darse.

De hecho, si para evitar el nepotismo y la colusión, se hace necesario consagrar inhabilidades o incompatibilidades basadas en los nexos familiares, la única forma de hacerlo

es la de apartar en el caso concreto a los miembros de una misma familia, de modo que a lo sumo sólo uno de ellos pueda gozar de la oportunidad de que se trate. Aquí no se está, en principio, frente a una acumulación de beneficios en cabeza de un grupo familiar, sino ante el ejercicio del derecho de participación de un ciudadano o persona singular. El sacrificio de los restantes miembros de la familia, se ha podido justificar en esa precisa situación, ya sea en la prevención de un serio peligro social o en la clara y necesaria defensa del interés general.

Por lo demás, es común a la prohibiciones que se fundan en los nexos familiares, implicar materialmente, para algunos miembros de una misma familia, la imposibilidad de gozar de un derecho o posibilidad de acción que, en otras condiciones, podían ejercer. Así, por ejemplo, en las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 – 5 y 6 de la C.P., se elimina la posibilidad de ser congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo. No obstante, ésta no es la prohibición sino su consecuencia, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia. No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse.

Consecuencias de la exclusión de la licitación o concurso

13. El demandante enumera una serie de consecuencias negativas que se siguen de las inhabilidades consagradas en la ley y que, a su juicio, vulneran los derechos de las personas cobijadas por ellas. En su concepto, las disposiciones acusadas violan los artículos 333, 334, 13, 209, 14, 16, 25, 333 inc. 3, 26 y 84 de la CP.

Ya advirtió la Corte que la norma que establece una inhabilidad o incompatibilidad, por su propia naturaleza origina una pérdida específica de libertad y de posibilidades para el sujeto a quien se aplica. De otra parte, se anotó que el Legislador en desarrollo de su competencia para dictar el estatuto general de contratación de la administración pública, podía prescribir un determinado régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

Ahora bien, si como en efecto se demostró, las inhabilidades fijadas por la ley encuentran en

sí mismas debido sustento constitucional, las consecuencias negativas que ellas engendren a sus destinatarios, en términos de reducción de su libertad y de sus posibilidades de acción, en modo alguno las torna inconstitucionales. Todos los derechos que reputa violados el actor, corresponden al efecto inhibitorio que naturalmente despliega la restricción legal, cuya exequibilidad se deduce de su confrontación directa con la Constitución y no del análisis de sus inevitables efectos mediatos en la esfera de un eventual sujeto afectado por ella.

En atención a lo anterior, no prosperarán los cargos

Libertad de asociación

14. La tesis del actor supone que la ley viola los artículos 38 y 60 de la CP, pues las inhabilidades que decreta se convierten en factor de discriminación contra las personas susceptibles de quedar inhabilitadas, como quiera que las sociedades dedicadas a la contratación oficial siempre temerán verse excluidas de una licitación en razón de los nexos que aquéllas mantienen con otras personas o sociedades, lo que las estimulará a no vincularlas o a buscar su retiro.

No es posible declarar la inexequibilidad de una norma, con base en un argumento tan deleznable como el que propone el actor. La hipotética reacción de una personas ante la restricción legal y sus eventuales efectos pretendidamente adversos frente a una categoría de sujetos, no permite construir una cargo de inconstitucionalidad.

Dentro de esa línea de pensamiento, por el contrario, se puede estimar que es positivo que las sociedades, si desean acceder a ciertas actividades, eviten, por medios lícitos y legítimos, que la misma legislación societaria procura, colocarse en una posición de inobservancia de las normas que rigen la materia. No se advierte, de otra parte, por la misma contingencia que rodea las licitaciones o concursos y la probabilidad de que se configure la simultánea presencia de personas ligadas por lazos familiares, que indefectiblemente se estructure la tendencia que preocupa al demandante.

La libertad de asociación, reconocida por la Constitución, y la consiguiente garantía de las participaciones sociales, no se quebrantan incluso si llega a presentarse el supuesto que imagina el actor. El ingreso o la salida de la persona cobijada por la inhabilidad, de producirse, salvo que se lleve a cabo de manera arbitraria e ilegal, se deberá hacer en el

marco de las disposiciones societarias, gobernadas en buena medida por la autonomía de la voluntad. De otro lado, dichos movimientos no provendrían de una decisión del Estado, sino de los socios. No se colige de qué manera las normas acusadas, violan por este concepto la Constitución.

La buena fe

15. Según el actor, la ley estructuró las inhabilidades, presumiendo que los miembros de una misma familia, pudieran incurrir en “maniobras dolosas”, con el objeto de vencer en la respectiva licitación o concurso. Esta tesis plantea que el legislador viola el postulado de la buena fe (CP art. 83), si instituye una restricción a la acción de los particulares motivada por el temor de que incurran en prácticas dolosas.

No comparte la Corte la apreciación del demandante. La función legislativa no tiene el carácter de gestión pública ni ante ella se adelantan trámites por parte de los particulares. La interpretación que prohíja la demanda, excede el alcance del artículo 83 de la CP.

Las leyes que dicta el Congreso, obedecen al estudio y análisis que ése órgano hace de la realidad en cada momento que para el efecto habrá de apelar a las más variadas fuentes de conocimiento. Lo que la Corte controla no puede ser otra cosa que el producto final que se vierte en las leyes que sanciona y promulga el Presidente; no la ideas o prejuicios que pudieron estar o estuvieron en la mente de sus miembros. Es posible que el Legislador haya querido proscribir o prevenir determinadas prácticas que juzgó o imaginó censurables o reprobables, y esta presuposición en nada afectará la constitucionalidad de la ley que bajo esa convicción expida. Se admite sin dificultad que ciertos estatutos, entre ellos el Código Penal y los regímenes de incompatibilidades e inhabilidades, deben contar lamentablemente con una adecuada dosis de escepticismo en la condición humana. El legislador que no cavile sobre las posibles formas a través de las cuales se pueda hacer daño a los demás y al Estado, o sea incapaz de anticipar las vías a las que a menudo se acude para evadir sus preceptos, temerariamente corre el riesgo de crear una obra precaria o inútil que no defiende a la sociedad y sí desprestigia al derecho.

En suma, no viola el postulado de la buena fe, el legislador que al diseñar una sistema de inhabilidades en el campo de la contratación estatal, las establece justamente para prevenir el eventual dolo o aprovechamiento en que puedan incurrir las personas a las que ellas se

extiende. Es claro que en ausencia de tales restricciones el dolo y la colusión contra el Estado y los demás participantes en la licitación o concurso podría ocurrir. No puede reprocharse a la ley que con sano criterio preventivo se antice y mediante las inhabilidades que consagra, clausure esa posibilidad. Prevenir males es la principal función de la ley; para hacerlo, primero hay que imaginarlos. La buena fe se afianza gracias a estas disposiciones del derecho positivo que se inspiran en ese postulado y así logran crear un cauce y un marco seguros a la actividad estatal y particular.

De impedirse al legislador dictar este tipo de regulaciones, en el fondo se le estaría cercenado la función más elemental que le competente, la cual consiste en definir el ámbito de lo lícito y de lo ilícito. En la materia que ahora ocupa a la Corte, ni siquiera sería posible delimitar el contenido y alcance del orden público contractual, que resulta indefinido por fuera del régimen de incompatibilidades, inhabilidades y nulidades, el cual a su turno es irrealizable si se prohíbe al Congreso descalificar comportamientos y tener una conciencia crítica y preventiva.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional no encuentra que las disposiciones demandadas violen ninguna norma de la C.P.

R E S U E L V E:

Declarar EXEQUIBLES los literales g) y h) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General