{p}

Sentencia C-618/12

INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS DE INTERVENTORIA EN ESTATUTO ANTICORRUPCION-Si bien la norma es altamente restrictiva, no resulta desproporcionada ni irrazonable/INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS DE INTERVENTORIA EN ESTATUTO ANTICORRUPCION-No vulnera el derecho al trabajo, ni la libertad de escoger profesión u oficio, como tampoco la libertad económica y la libre empresa

El artículo 5° de la Ley 1474 de 2011, objeto de cuestionamiento en el presente proceso de inconstitucionalidad, precisa que quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad; restricción ésta que para el demandante resulta contraria a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, y además violatoria del derecho al trabajo, de la libertad de escoger profesión u oficio, así como de la libertad económica y la libre competencia. Sin embargo para la Corte, si bien se trata de un artículo altamente restrictivo, porque establece una prohibición que se predica, no solamente de quien tiene un previo contrato con la entidad, sino, también, de sus parientes y socios, no se advierte que la regulación cuestionada resulte desproporcionada e irrazonable y de ella no cabe predicar que prive a sus destinatarios de una posibilidad de acceder a una actividad lícita y termine afectando tanto la libertad económica como el derecho al trabajo, ya que como lo ha señalado la Corte, las inhabilidades e incompatibilidades comportan una restricción para quienes son destinatarios de las mismas, lo cual encuentra plena justificación en el objetivo de interés público que las inspira, en este caso, el de preservar la transparencia en la contratación pública y prevenir la interferencia de intereses privados en el ejercicio de una actividad que, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración, los particulares pueden prestar a la Administración para la vigilancia de la adecuada ejecución de los contratos públicos, sin que para la Corte quepa duda que la relevancia de la restricción que la norma establece estriba en la necesidad de evitar la simultaneidad de contratos

celebrados con la misma entidad y obedece a que el legislador consideró necesario imponerla para ciertos contratos que por su naturaleza y gran impacto, requieren de controles más estrictos, con el propósito de darle prevalencia al bien común propiciando que la actividad administrativa que subyace en la contratación estatal se desarrolle con imparcialidad y transparencia.

INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS DE INTERVENTORIA EN ESTATUTO ANTICORRUPCION-Excepción para socios de sociedades anónimas abiertas

CONTRATO DE INTERVENTORIA-Definición/CONTRATO DE INTERVENTORIA-Objeto/CONTRATO DE INTERVENTORIA-Prohibición de simultaneidad con otros contratos/INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS DE INTERVENTORIA-Contratos que comprende la prohibición

Los contratos que de acuerdo con la norma cuestionada no puede celebrarse simultáneamente con los contratos de obra pública, concesión y suministro de medicamentos y de alimentos, conforme con las prescripciones de la Ley 80 de 1993, y atendiendo a su finalidad, son aquellos que tienen por objeto la supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica, a los diferentes aspectos y etapas en que se desarrolla un contrato estatal, llámese de servicio, consultoría, obra, trabajo, compra, suministro, etc., que se ejerce a partir de la firma y perfeccionamiento del mismo, hasta la liquidación definitiva.

SOCIOS DE SOCIEDADES ANONIMAS ABIERTAS-Excepción a la inhabilidad para celebrar contratos de interventoría

SOCIEDADES ANONIMAS ABIERTAS-Características

PRINCIPIO DE LEGALIDAD/LIBERTAD ECONOMICA

El actor se equivoca al ubicar la inhabilidad cuya constitucionalidad se cuestiona en el campo de la libertad económica, puesto que es claro que, el legislador no pretende, mediante la disposición acusada, introducir límites a la actividad económica y a la iniciativa privada. La norma que hace parte de la Ley 1474 de 2011, cuyas previsiones se encuentran orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y a promover la efectividad del control de la gestión pública es enteramente diferente de intervenir en la actividad económica y en la libre competencia.

CONTRATACION ESTATAL-Principios que la rigen/CONTRATACION ESTATAL-Finalidades

CONTRATO ESTATAL-Carácter instrumental

La actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política. El fin de la contratación pública está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De ahí que la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Criterios

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Sujeción a principios de razonabilidad y proporcionalidad

En virtud de la potestad de configuración, el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales.

LIBERTAD ECONOMICA Y LIBERTAD DE EMPRESA-Contenidos

LIBERTADES ECONOMICAS-Condiciones para la procedencia de su restricción

TEST DEBIL DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación en restricciones a las libertades económicas

Referencia: Expediente D-8893

Asunto:

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 5° de la Ley 1474 de 2011

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, en especial, la prevista en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Juan Martín Caicedo Ferrer presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º de la Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."

Mediante Auto del 2 de febrero de 2012, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia, se ordenó, además, comunicar la demanda al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender la constitucionalidad de la disposición acusada.

Además se invitó a los decanos de las facultades de Derecho de las Universidades del Norte, Libre y de los Andes, para que, si lo consideraban conveniente, rindiesen concepto sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA DISPOSICIÓN ACUSADA

La disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011, es la siguiente:

"LEY 1474 DE 2011

(julio 12)

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

El Congreso de Colombia

Decreta:

(…)

Artículo 5º. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

(…)

I. LA DEMANDA

El ciudadano Juan Martín Caicedo Ferrer, presentó acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 5º de la Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", porque considera que es contrario a los artículos 25, 26 y 333 de la Constitución Política.

Para el accionante, la disposición acusada vulnera la Carta Política al limitar, sin razón alguna y de manera desproporcionada, los derechos fundamentales a elegir profesión u oficio y al trabajo. Sostiene que, así mismo, la norma desconoce el principio constitucional de la libertad económica y de empresa.

Expresa que, en materia contractual, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene como objetivo que quienes acceden al ejercicio de la función pública lo hagan sin cuestionamientos éticos, conflicto de intereses o con calidades que no le permitan ejercer, de manera transparente y eficaz, sus funciones.

Prosigue señalando que, si bien el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es un mecanismo de defensa de la moralidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia en el ejercicio de la administración estatal, el legislador, al regular la materia, tiene unos límites y está sujeto a los principio de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar que se vulneren los derechos fundamentales, en especial, el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, y para impedir que se establezcan barreras al acceso al mercado.

Manifiesta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad es un mecanismo que le permite al juez constitucional determinar las condiciones en las cuales la limitación de un derecho fundamental se ajusta al ordenamiento superior. Para ilustrar su argumento, se refiere a diversas sentencias de la Corte Constitucional1 en las que se han indicado los siguientes criterios para determinar la constitucionalidad de una norma que restringe el ejercicio de un derecho fundamental: (1) la medida es adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) es necesaria, esto es, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios

constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) es proporcionada en estricto sentido, esto es, debe indagarse por la relación entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

Para el demandante, si se trata de limitar un derecho fundamental la medida debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en estricto sentido, por ello considera que la norma acusada comporta una carga exagerada para las empresas que ejecutan obras y, a la vez, desarrollan actividades de interventoría, puesto que, por virtud de la misma, en la práctica, quedan excluidas de la posibilidad de llevar a cabo esta última actividad.

Estima que la restricción es innecesaria para cumplir un propósito constitucionalmente válido y que se podrían lograr de mejor manera los mismos objetivos que ella persigue con medidas más respetuosas de los derechos fundamentales y de principios constitucionales como el de la libre competencia. Así, señala, cabría prohibir la celebración de contratos de interventoría que tengan relación con obras ejecutadas por el mismo contratista, es decir, si la prohibición recayera sobre la interventoría relativa a contratos ejecutados por el mismo contratante o sus familiares, la medida sería proporcional y efectiva para la protección de la función pública, pues no puede pensarse que una persona vigile y controle sus propias acciones.

Expresa que la norma acusada, tal como está redactada, permitiría entender que quien ejecute una obra pública en San Andrés no puede hacer una interventoría de un contrato de suministros de alimentos en Risaralda, no obstante que se trata de actividades que no tienen nada en común, que no comparten una cercanía geográfica, en la cual el contratista no tiene ningún interés indebido y no existe ninguna inferencia válida de que pueda tenerlo. De esta manera se está restringiendo la posibilidad de unos profesionales de ejercer su profesión, se les limita su derecho al trabajo y se crean barreras de acceso al mercado, sin que ello resulte indispensable para cumplir el objetivo constitucional. Para ilustrar el asunto trae a colación el caso de los contratos de concesión que se celebran por 20 años o más con entidades del nivel central, para señalar que quien tenga incluso una pequeña participación quedaría inhabilitado para efectuar un contrato de interventoría en cualquier lugar del país.

Agrega el demandante que la prohibición normativa es especialmente gravosa cuando se extiende al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas

de las anónimas abiertas, pues se está impidiendo que un tercero ejerza su profesión libremente, o que trabaje en su oficio y se limitan sus posibilidades económicas, sin que esta restricción derive de una acción propia o de una inferencia válida que indique que esto contribuye a la probidad administrativa.

Por lo anterior el actor considera que el legislador desconoció el derecho al trabajo; la libertad de elegir profesión u oficio y los principio de libertad económica y de empresa, por cuanto no existen fines ni motivos constitucionales que justifiquen una prescripción que califica como radical e inútil y, por lo tanto, carece de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto resulta ser una medida restrictiva de derechos y principios constitucionales que no apunta directamente a promover la moralidad de la función pública y, por ende, es una norma inconstitucional que debe salir del ordenamiento.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho intervino, mediante apoderado, para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la disposición demandada.

De manera preliminar señala que la demanda no satisface los requisitos mínimos que, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, en la Sentencia 1052 de 2001, debe cumplir toda demanda de inconstitucionalidad, y entre los cuales se encuentra la exposición clara del concepto de la violación, pues los argumentos que presenta el actor: (i) no permiten hacer un contraste directo y objetivo entre las normas demandadas y las normas constitucionales invocadas; (ii) no constituyen auténticos reproches constitucionales, sino que se basan en interpretaciones subjetivas, doctrinales y jurisprudenciales de las disposiciones constitucionales invocadas, para suponer que algunas hipótesis y eventualidades superan el texto literal de las mismas; (iii) omiten dar cuenta de datos y hechos relevantes sobre los preceptos parcialmente demandados y, por ello, se dirigen contra proposiciones deducidas por los actores y no contra proposiciones jurídicas reales y existentes.

Señala que basta observar los planteamientos de la demanda, para concluir que ninguna de las normas de la Constitución Política, invocadas por el actor, prohíbe o impide al legislador,

restringir el derecho al trabajo, la libertad de elegir profesión u oficio, la libertad de competencia y de empresa.

Por último, cita antecedentes jurisprudenciales2 en los que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto, de la libertad configurativa del legislador los cuales llevan a concluir que la prohibición consagrada en la norma acusada no viola los artículos 25, 26 y 333 Superior, que hacen referencia a los derechos a elegir profesión u oficio, al trabajo y a la libertad económica y de empresa.

2. Departamento Nacional de Planeación

Quien interviene por el Departamento Nacional de Planeación, lo hace en defensa de la constitucionalidad de las normas acusadas, para lo cual expone los argumentos que se sintetizan a continuación.

La primera consideración que formula, de manera general, es para señalar que la norma acusada está revestida de los atributos de necesidad y de proporcionalidad y, por ende, no restringe injustificadamente los derechos al trabajo, la escogencia de profesión u oficio y la libertad de empresa.

La limitación en una contratación determinada y en una entidad específica de ciertas personas no implica la vulneración de sus derechos, pues no se les estaría prohibiendo trabajar o elegir su profesión u oficio, simplemente, en aras de la garantía suprema de los principios que rigen la actuación de la Administración Pública, se restringe la posibilidad de realizar interventorías para la misma entidad respecto de la cual se encuentra ejecutando contratos de obra, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, hasta que se liquiden dichos contratos.

Añade que lo que se pretende es prevenir que una persona sea el interventor de contratos que hayan sido suscritos por ellas o por familiares, es decir la restricción se torna en una medida necesaria que persigue un fin constitucionalmente legítimo cual es propender y garantizar que la contratación estatal se realice con fundamentos en los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, transparencia y objetividad.

Expresa que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y, por extensión, el conflicto de

intereses, ocupa un lugar preponderante dentro de las medidas de prevención de actos que pueden afectar al Estado y que es en la contratación en donde se centra una de las más importantes fuentes de conductas contrarias al propósito de esos acuerdos de voluntades desde el momento mismo en el que se origina la necesidad contractual.

Aduce que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es un mecanismo legítimo que cuenta con soporte constitucional y, de igual forma, ha tenido un desarrollo normativo en la Ley 80 de 1993 y en los Decretos 222 de 1983 y 150 de 1976 y que, a nivel jurisprudencial3, se ha establecido que las restricciones para contratar con el Estado resultan válidas. Agrega que el desarrollo de las normas anticorrupción es clave en la contratación administrativa para establecer si se ha cumplido con los márgenes de independencia e imparcialidad.

De manera puntual manifiesta que la incompatibilidad que se estudia tiene como objetivo garantizar la transparencia y la probidad en la contratación pública, en un ámbito en el que, como en el de los contratos de interventoría, se requiere la mayor imparcialidad posible y una clara independencia, al punto que la Corte Constitucional4 ha encontrado que la actividad propia de los mismos despliega una función pública y está sometida al régimen propio de la responsabilidad disciplinaria sobre particulares.

Expresa que, de otra parte, la medida corresponde al fin perseguido, pues es conducente a obtener la transparencia en la contratación, específicamente, en la independencia propia de la interventoría; es adecuada para lograr la finalidad indicada, pues, a través de la restricción, se dinamiza el principio que se protege; es idónea o apta para conseguir el fin buscado y resulta eficaz en tanto, a través de la misma, se logra el objetivo previsto. Considera igualmente, que el término de la restricción para contratar es proporcional por cuanto la afectación existe por la ejecución del contrato.

Arguye que, en el caso bajo estudio, no se debe aplicar un test riguroso y basta con la legitimidad y la relación entre la medida y su finalidad. Es lo que la Corte5 ha denominado test débil, el cual permite que ciertas normas, en principio restrictivas de derechos, sean avaladas en su constitucionalidad, en el marco de una política de protección de integridad de lo público. Así, la revisión de los efectos de las medidas en un plano constitucional se mueve en este caso en espectros amplios de apreciación, puesto que basta que las mismas se enmarquen dentro de unos cánones razonables.

Concluye, de este modo, que la norma atacada responde a unos criterios de racionalidad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia y las medidas son necesarias para que esta clase de contrataciones no se vea afectada.

3. El ciudadano Herman Montenegro Orjuela, quien actúa como representante legal de la empresa DESSAU-CEI S.A.S., intervino en el presente asunto para exponer que de manera injustificada han visto afectados sus derechos fundamentales al trabajo, a elegir profesión u oficio y a participar en procesos licitatorios convocados por entidades estatales. Ello obedece a que tienen una participación minoritaria (1.75%) en la sociedad concesionaria SOCIEDAD DE DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A. DEVINAR S.A.6 y en razón a ello se encuentran inhabilitados para realizar interventoría en cualquier lugar de Colombia, tal como ocurrió con dos licitaciones en las que no pudieron participar. Por lo anterior comparten los planteamientos de la demanda y solicitan que se declare la inexequibilidad del artículo 5° de la Ley 1474 de 2011.

4. Andrés Manrique Manrique interviene en calidad de ciudadano,7 para apoyar la demanda de inconstitucionalidad del artículo acusado, manifestando que considera la disposición discriminatoria y violatoria del derecho fundamental a la igualdad que consagra el ordenamiento superior al establecer unas limitaciones discriminatorias e injustificadas frente al oficio de la interventoría, obedeciendo a un "… prejuzgamiento hacia el interventor frente a todas las circunstancia que dieron lugar al ordenamiento incluido en la ley, constituyendo ésta norma un juzgamiento objetivo proscrito por nuestro ordenamiento constitucional"

Argumenta que se debe evaluar si dicha norma se ajusta al principio de igualdad material, para tal efecto, es pertinente verificar las circunstancias de hecho y de derecho que dieron lugar a que los legisladores crearan tal restricción.

El reproche que presenta frente a la norma obedece a que la prohibición no cumple ningún fin legal o constitucional que justifique el trato discriminatorio entre los interventores y las demás empresas que participan en las licitaciones estatales. A su juicio, la inhabilidad para ser interventor no puede partir del hecho de tener contratos de obra pública, concesión, suministro de alimentos o medicamentos, a pesar de que no guarden relación entre las partes, el objeto y la zona geográfica donde se llevan a cabo.

El fin perseguido por la Ley 1474 de 2011 era fortalecer el papel de la interventoría, pero lo

que en efecto ocurrió fue la limitación de su actividad y consecuentemente restringe su campo de acción. Para sustentar tal afirmación señala que existe una discrepancia entre la intención del Gobierno de desarrollar a gran escala proyectos de infraestructura y de servicios públicos en el país a través de la conformación de asociaciones público-privadas,8 mediante la inversión del sector privado en proyectos que necesariamente necesitan de la unión o la participación de empresas dedicadas al sector de la construcción y de empresas consultoras especializadas en estudios, diseños e interventoría, pero al mismo tiempo se coarta la participación en otros procesos de selección por el solo hecho de haber celebrado contratos de obra o concesión.

Manifiesta que con la expedición de la norma demandada se ha limitado su participación en procesos de licitación del Estado, al efecto cita dos ejemplos en los que su sociedad se inhabilitó para participar en dos licitaciones de interventoría debido a que suscribieron contratos de obra con las mismas entidades,9 sin que los mismos tengan algún tipo de relación o conexión directa o indirecta con las interventorías a desarrollar.

El ciudadano señala que antes de la entrada en vigencia de la norma, su empresa participaba en contratos de interventoría y de obra, pero a partir de ella su objeto social se ve restringido y el Estado también tiene una limitación en la pluralidad de oferentes.

5. Julio Andrés Sampedro Arrubla participa en el proceso constitucional para apoyar los argumentos de la demanda, señalando que la norma demandada afecta sus derechos fundamentales a la propiedad privada, la libre escogencia de profesión u oficio, la libre iniciativa privada y actividad económica y a la presunción de buena fe de los particulares. Argumenta que si bien se debe restringir la participación que un contratista como interventor del mismo contrato, no es razonable que se presuma la mala fe cuando existe la doble calidad, en distintos contratos y en la misma entidad. Así las cosas, el Estado no puede limitar de manera ilegítima y arbitraria el ejercicio de una labor empresarial.

Por otra parte, argumenta que encuentra inútil que para evitar la corrupción se le prohíba a un mismo sujeto (o a sus parientes y socios) contratar con una entidad la interventoría de ciertos contratos y, a la vez, como contratista en otros contratos diferentes ya que con esa medida solo se afecta el derecho al trabajo de miles de personas que quedarán desprovistos de la actividad laboral debido a que sus empleadores son desplazados de realizar una

actividad económica.

6. Argelino José Durán Ariza, apoya la demanda señalando que HIDROCONCULTA LTDA., es una firma de consultoría en ingeniería civil y para el control de erosión, socavación, inundación y navegación, incluyendo la construcción de obras, presta sus servicios en el sector privado y público, hasta la fecha, celebrando más de 295 contratos de consultoría de los cuales al menos el 50% son de interventoría.

Advierte que el artículo 5° del llamado Estatuto Anticorrupción, le impide ejecutar simultáneamente proyectos de construcción e interventoría con una misma entidad, aún cuando éstos no tengan ninguna relación entre sí y, por lo tanto, no presentan ningún tipo de conflicto de interés.

No obstante lo anterior, afirma que quedaron inhabilitados para presentar tres proyectos,10 en razón a que actualmente realizan, en consorcio, la interventoría para el INVIAS de la carretera transversal Boyacá, iniciada en septiembre de 2009 y que finaliza en septiembre de 2013. Además, anota que si se tiene en cuenta el objeto y la ubicación geográfica de los referidos proyectos no se puede inferir que existe algún conflicto de intereses o algún impedimento ético o que sea una oportunidad de incurrir en conductas corruptas.

Para terminar el ciudadano señala que lo único comprensible sería que se prohibiera y se sancionara expresamente que una firma llegue a la posición de ser interventora de sí misma o de otra con la cual exista impedimento ético o legal.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación rindió en término el concepto11 de su competencia y en él solicitó a la Corte que declarara exequible el artículo 5° de la Ley 1474 de 2011.

El Ministerio Público sostiene que en materia de inhabilidades el Congreso de la República tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa a efectos de diseñarlas, facultad que debe efectuar teniendo en cuenta los valores, principios y derechos constitucionales y en ese contexto debe examinarse la inhabilidad.

En el caso sub examine la disposición impugnada es censurada por el actor porque considera desproporcionado para los derechos fundamentales de los involucrados,12 la restricción de

celebrar contratos de interventoría hasta tanto no se liquiden los contratos de obra pública, concesión o suministro de medicamentos o alimentos que hayan suscrito con la misma entidad.

A juicio del órgano de control, la relevancia de la inhabilidad es la simultaneidad de contratos celebrados con la entidad y obedece a que el legislador consideró necesario tal restricción para que los contratos estatales mencionados se ejecuten con imparcialidad, transparencia, y sin que existan interferencias que provengan de los particulares.

En desarrollo de esta tesis el Jefe del Ministerio Público anota que la extensión de la inhabilidad a las personas que incluye la norma no es desproporcionada, porque se basa en elementos patrimoniales, afectivos o de interés económico objetivos, que se predican también de otro tipo de inhabilidades. En este caso considera que es evidente la prevalencia del interés general sobre el particular y, además, anota que la salvaguarda del bien común puede implicar que las personas reorienten su ejercicio profesional.

Por último sostuvo la vista fiscal que el ejercicio de la libertad de configuración normativa del legislador, al establecer la inhabilidad contemplada en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, es razonable y proporcional, ya que delimita la clase de contratos que, por su naturaleza e impacto en la sociedad, requieren de controles adecuados y suficientes, y fija, además, un término consecuente con la decisión de establecer la inhabilidad para celebrar contratos de interventoría, cuyo fundamento es la prevalencia del bien común.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia, de conformidad con el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

2. El asunto bajo revisión

Como bien se sabe la norma acusada hace parte de la Ley 1474, de 12 de julio de 2011, mediante la cual el legislador se propuso dictar normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y fortalecer la efectividad del control de la gestión pública, en aras de enfrentar y en lo posible solucionar

una problemática que, como es de público conocimiento, ha afectado sensiblemente la función administrativa y, particularmente, la actividad contractual.

Según la exposición de motivos de dicha ley el Congreso de la República se propuso:

"La Administración Pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello, en el primer capítulo, se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

(…) En cuarto lugar, se quiere evitar la complicidad entre los sujetos que tienen que realizar tareas de inspección y vigilancia y sus supervisados, tales como los encargados de control interno y los revisores fiscales.

En ese sentido se toman medidas para evitar que los revisores fiscales sean cómplices de delitos de corrupción, levantando el secreto profesional en esta materia y estableciendo como causal de pérdida de su tarjeta profesional el no denunciar actos de corrupción. (…)"

De acuerdo con el demandante, la restricción prevista en la disposición acusada resulta contraria a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, porque establece, para todo el territorio nacional y en relación con los contratistas del Estado, sus parientes y sus socios, una prohibición para celebrar contratos de interventoría con la misma entidad, sin que se haga evidente de qué manera ello contribuye a limitar la interferencia de intereses privados cuando se trate de contratos en áreas y ámbitos geográficos distintos. Para el demandante, en virtud de lo anterior, la norma acusada resulta violatoria del derecho al trabajo, de la libertad de escoger profesión u oficio, así como de la libertad económica y de la libre competencia.

Un conjunto de ciudadanos interviene, de manera separada, en orden a apoyar las pretensiones de la demanda, para lo cual presentan un conjunto de situaciones posibles a la luz de la norma acusada y que, en su criterio, ponen en evidencia su oposición con la Constitución.

Por el contrario, otro conjunto de personas y de entidades, junto con el Ministerio Público, se oponen a la demanda porque consideran que la inhabilidad prevista en la norma acusada se

desenvuelve dentro del ámbito de configuración del legislador y obedece a un propósito de moralidad y de transparencia en la contratación publica, razón por la cual no dudan en calificarla como justificada a la luz de la Constitución.

De este modo, el problema jurídico que en esta oportunidad debe resolver la Corte consiste en establecer si la inhabilidad prevista en la disposición acusada, por la manera en que quedó concebida, resulta contraria a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, y, por consiguiente, violatoria del derecho al trabajo, de la libertad de escoger profesión u oficio, de la libertad económica y de la libre empresa.

3. Contenido de la disposición acusada

De acuerdo con el texto de la disposición objeto de cuestionamiento en el presente proceso de inconstitucionalidad, quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

La anterior disposición sería susceptible de descomponerse de la siguiente manera:

a. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrá celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

Esta disposición, a su vez, puede reformularse así:

a. El cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil de la persona natural que haya

celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrá celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

a. Los socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas de la persona natural que haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

a. Los socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas de la persona jurídica que haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

Oportuno resulta precisar que el contrato de consultoría que, de acuerdo con la norma cuestionada, no puede celebrarse simultáneamente con los contratos de obra pública, concesión y suministro de medicamentos y de alimentos, conforme con las prescripciones de la Ley 80 de 1993, y atendiendo a su finalidad, son aquellos que tienen por objeto la supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica, a los diferentes aspectos y etapas en que se desarrolla un contrato estatal, llámese de servicio, consultoría, obra, trabajo, compra, suministro, etc., que se ejerce a partir de la firma y perfeccionamiento del mismo, hasta la liquidación definitiva.

Adicionalmente, cabe advertir que los socios de sociedades anónimas abiertas no estarían comprendidos en la inhabilidad a que alude el precepto. De manera que si estas sociedades celebran los contratos estatales de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y alimentos, aquéllos (los socios) no estarían impedidos de vincularse contractualmente para desarrollar labores de interventoría con la misma entidad. Al efecto cabe precisar que las

sociedades anónimas abiertas son aquellas definidas por el artículo 5° del Decreto 679 de 199413, así:

“Art. 5o. Definición de las sociedades anónimas abiertas. Para efectos de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones:

1o. Tengan más de trescientos accionistas.

2o. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación.

3o. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

Corresponderá al revisor fiscal de la respectiva sociedad certificar que la misma tiene el carácter de anónima abierta para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.”

A su turno, cabe resaltar que las entidades de que trata el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 y que, en los términos de la norma demandada, asumen la condición de contratistas son precisamente:

“(i) la nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado, tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas, y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquier sea la denominación que ellas adopten en todos los órdenes y niveles.

(ii) el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de al Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

Como se puede advertir, se trata de un artículo altamente restrictivo, porque, sin tener en cuenta el ámbito territorial de los respectivos contratos, establece una prohibición que se predica, no solamente de quien tiene un previo contrato con la entidad, sino, también, de sus parientes y socios.

Observa la Corte que el artículo ahora acusado no hacía parte del proyecto de ley inicialmente presentado a consideración del Congreso y que, con un contenido similar, fue introducido durante el debate en Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, según da cuenta el Acta No. 47, correspondiente a la sesión del día miércoles 9 de Marzo de 2011, de esa célula legislativa, en la cual consta lo siguiente:

"Siguiente artículo nuevo.

Artículo Nuevo. Quien haya celebrado un contrato estatal o su conyugue, compañera o compañero permanente, pariente en el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contrato de interventoría con cualquier entidad del mismo sector administrativo de la respectiva entidad territorial.

Está suscrita por el Honorable Representante Humphrey Roa y Germán Navas.

La presidencia concede el uso de la palabra al H.R. Humphrey Roa Sarmiento.

Gracias Presidente. En este solamente buscamos que se acabe el carrusel de la contratación en los mismos entes territoriales; qué sucede, y de pronto en sus entes territoriales en los departamentos, ustedes lo han visto; en muchos tramos de una sola obra o con cualquier obra, una parte es el contratista y después se convierte ese contratista en interventor de otro tramo de la misma obra; entonces lo que estamos acabando es que la persona que sea contratista de una obra no pueda ser interventor en el mismo ente territorial o de la misma obra.

Eso es lo que estamos planteando, para con eso acabamos y fortalecemos que se acabe la corrupción. Gracias señor Presidente."

La anterior proposición fue aprobada y el texto se incorporó como artículo 6º del proyecto de

ley.

Es preciso señalar, por otra parte, que en el texto del proyecto de ley tal como había sido aprobado por el Senado de la República, aparecía la siguiente disposición:

Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública

Artículo 97. Interventoría. Es una función que cumple una persona natural o jurídica, designada por la entidad contratante, de sus funcionarios o previo agotamiento del procedimiento de contratación bajo la modalidad de concurso de méritos para controlar, exigir, colaborar, absolver, prevenir y verificar la ejecución y el cumplimiento de los trabajos, servicios, obras y actividades contratadas, teniendo como referencia los principios rectores de la ley de contratación estatal (Ley 80 de 1993), los decretos reglamentarios, las cláusulas de contrato, los estudios previos de conveniencia y oportunidad de los contratos o convenios, los pliegos de condiciones y demás documentos que originaron la relación contractual entre la entidad contratante y el contratista (consultor/constructor/concesionario/proveedor).

El objeto de la labor de interventoría es supervisar y controlar en forma eficaz y oportuna la acción del contratista en las diferentes etapas del objeto contratado, para hacer cumplir las especificaciones técnicas, tiempos, las actividades administrativas, legales, contables, financieras, presupuestales, sociales y ambientales establecidas en los respectivos contratos.

Los interventores mientras esté vigente el contrato de interventoría no podrán celebrar otro tipo de contratos con la misma entidad. (Subraya la Corte)

En la ponencia para primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes se propuso suprimir el artículo 97 del proyecto, aduciendo como única razón la siguiente:

"La norma en cuestión es contradictoria con otras disposiciones que sobre el tema de interventoría trae el proyecto por lo que se considera que es pertinente su supresión."

Artículo 5°. Quien haya celebrado un contrato estatal o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente en el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con cualquier entidad del mismo sector administrativo en el nivel nacional o en la respectiva entidad territorial. (Subraya la Corte)

En el texto de la ponencia no hay explicación para la adición que se ha subrayado, no obstante lo cual se evidencia que lo quiso evitar el legislador en materia de contratación, en el ámbito territorial, lo hizo extensivo al nivel nacional seguramente porque encontró las mismas razones de hecho que así lo justificaban de cara a los problemas de moralidad y de corrupción que se querían superar.

El artículo finalmente aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes fue el siguiente:

CAPÍTULO I

Medidas administrativas para la lucha contra la corrupción

Artículo 5°. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad. (Subraya la Corte)

El anterior texto corresponde a la aprobación final del proyecto y es el que ha sido objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad.

4. Consideración de los cargos

El accionante orienta su argumentación a demostrar que la disposición acusada desconoce la libertad económica y la libre competencia, sin embargo , como ya tuvo la Corte la oportunidad de señalarlo en la Sentencia C-415 de 1994, cuando se analizaron cargos similares a los que ahora se han presentado, en esa oportunidad, relacionados con una inhabilidad contenida en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, el actor se equivoca al ubicar la inhabilidad cuya constitucionalidad se cuestiona en el campo de la libertad económica, puesto que es claro que, ahora como entonces, el legislador no pretende, mediante la disposición acusada, introducir límites a la actividad económica y a la iniciativa privada. Dicha norma hace parte de la Ley 1474 de 2011, cuyas previsiones se encuentran orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y a promover la efectividad del control de la gestión pública. Así, como lo señaló la Corte en su momento, regular la función pública, en particular la contratación estatal, es enteramente diferente de intervenir en la actividad económica y en la libre competencia. Para la Corte, según consideraciones que resultan aplicables en la presente ocasión, "[l]as 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)."14

Agregó la Corporación que "[l]a 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."

Sobre los anteriores presupuestos la Corte concluyó que debía desecharse 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, conclusión que resulta igualmente predicable frente a la pretensión que, sobre las mismas bases, se ha planteado en la actualidad.

Con similar argumentación a la que se acaba de exponer, cabría excluir la afectación de la libertad de escoger profesión u oficio, puesto que la inhabilidad acusada no se ha previsto dentro de una regulación orientada a establecer restricciones, condiciones o prohibiciones, en general, para el acceso a determinadas profesiones o el desarrollo de ciertos oficios, sino que, se reitera, está prevista como parte del régimen de la función pública, en particular, en cuanto se orienta a asegurar la transparencia y la probidad en la contratación pública.

No obstante lo anterior, la Corte, en la misma sentencia a la que se ha venido haciendo alusión, expresó que, en todo caso, debe reconocerse que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Puntualizó la Corte que "[s]e 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)."15

De este modo, es preciso analizar la limitación contenida en la disposición acusada a objeto de establecer si la misma se aviene a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, de cara a las disposiciones constitucionales que se invocan como transgredidas.

En vista de que la inconstitucionalidad que se le atribuye a la norma acusada parte de la consideración de que el impedimento que en ella se consagra restringe desproporcionadamente los derechos fundamentales a elegir profesión u oficio y desconoce los principios constitucionales que garantizan la libertad económica y de empresa cabe que, preliminarmente, la Corte siente algunas precisiones al respecto:

5. La contratación estatal y sus finalidades

Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y, "en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho."16

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares."17

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas.18

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm – _ftn20

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del

Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos,19 colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines.

En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, haya sido precisamente "disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales"; y el de la ley que lo reforma, Ley 1150 de 2007, "introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos." La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993, con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción.20

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante directrices que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las entidades estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran.21

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm – _ftn23

6. La libertad de configuración del legislador en materia de contratación estatal

En relación con el ámbito de configuración del legislador en materia contractual la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes criterios:

(i) De la Constitución no es posible inferir la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta

hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como prevé la disposición constitucional.22

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm – _ftn27

(ii) El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que 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 hacia el 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.23

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm – _ftn28

(iii) En virtud de la potestad de configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales.24

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm – _ftn29

7. Atribuciones y restricciones de la libertad de configuración del legislador respecto del derecho ciudadano de escoger y ejercer profesión u oficio

La libertad de escoger y ejercer profesión u oficio, reconocida como derecho fundamental en el artículo 26 de la Carta Política25http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-819-10.htm – _ftn11, ha sido

definida por la jurisprudencia como “uno de los estandartes de la dignidad de la persona”, en tanto guarda relación con otros derechos constitucionales y permite al individuo “diseñar en forma autónoma su proyecto de vida en una de las facetas más importantes de la condición humana”26.

Entre las restricciones más comunes al ejercicio de cualquier profesión sobresalen las inhabilidades e incompatibilidades, que encuentran sustento en el artículo 26 de la Carta Política y en la cláusula general de competencia propia del Legislador (art. 150 CP), particularmente cuando la actividad se despliega en el sector público. Una incompatibilidad es, en los términos de la jurisprudencia constitucional, “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”28http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-819-10.htm – _ftn19.

Su regulación, sin embargo, debe sujetarse a los parámetros anteriormente referidos, de modo que “la tarea legislativa de fijación de inhabilidades o de incompatibilidades no puede ejercerse de tal manera que se violen los derechos constitucionales de las personas o se consagre una regulación excesiva, innecesaria e irrazonable”29.

8. La libertad económica y de empresa frente a la potestad configurativa del legislador

Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de

bienes y servicios; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas.

En materia de restricción de las libertades económicas la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas de cumplir las siguientes condiciones: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el "núcleo esencial" de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato. De lo anterior se concluye, entonces, que los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional.

De suerte que la Constitución dota al Estado "de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento" e igualmente dota "a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública"30.

Bajo la anterior perspectiva la intervención estatal en la economía se justifica no solo desde una perspectiva organizacional, sino también desde un punto de vista axiológico, pues persigue la materialización de principios y valores consagrados en la Carta Política. Tal es precisamente el alcance del artículo 334 Superior, precepto que radica en cabeza del Estado la dirección de la economía y prevé la intervención estatal en todas las actividades económicas para "conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano", entre otros propósitos.

La intervención estatal en la economía está a cargo de distintos poderes públicos y se materializa por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos, al igual que en la definición de las políticas públicas sobre la materia. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos.

Las anteriores precisiones, que resumen lo que la jurisprudencia constitucional ha sostenido sobre el tema, se formulan sin perjuicio de lo ya advertido en apartes precedentes de este proveído (num 4°, capítulo VI) en el sentido de 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.

9. Análisis particular de los cargos

A juicio del demandante la única forma en que resultaría legítima la norma cuestionada, en cuanto con ello se respetarían las reglas de la razonabilidad y proporcionalidad, bajo el enfoque particular que utiliza al efecto, y que algunos intervinientes avalan, consiste en admitir que el legislador únicamente ha debido prohibir que quien celebre un contrato estatal, al mismo tiempo, pueda actuar como interventor del mismo, pues, en sus propias palabras, solo desde ese punto de vista “la medida sería proporcional y efectiva la protección de las funciones públicas pues no puede pensarse que una persona vigile y controle sus propias acciones”.

De entrada para la Corte la validez de tal interpretación exhibe serios tropiezos hermenéuticos y, por lo tanto, amerita ser desechada pues nada nuevo agregaría la norma concebida como el demandante la reconoce como constitucional, para propiciar una mejora en la transparencia de la función administrativa y en el respeto de los restantes principios que la orientan, pues, de hecho, lo que el demandante sugiere que la norma debería decir para así encontrarla racional y proporcionada es algo que claramente no se puede hacer por la abrumadora colusión de intereses que allí se patentizan. No tendría sentido entonces que la disposición demandada se repitiera proscribiendo lo obvio si el motivo de la regulación evidentemente se contrae a avanzar en la lucha contra la corrupción bajo otros supuesto respecto de los cuales se considera necesaria la injerencia legislativa. En este sentido la finalidad de la norma tiene que ser otra como la que aspira a lograr el legislador prohibiendo en este caso una simultaneidad contractual que considera desdice del óptimo trasegar de la función administrativa.

En aras de validar la censura encaminada a demostrar que el precepto cuestionado carece de la suficiente racionalidad y proporcionalidad, en los términos que la Carta Superior exige, como límite al poder configurativo del legislador, el demandante también plantea que algunos de los contratos en relación con los cuales, durante su vigencia y hasta cuanto se liquiden, se impone la no compatibilidad simultanea con los contratos de interventoría, como los de concesión por ejemplo, podrían tener una duración de hasta 20 años o más, motivo por el cual, a su juicio, resultaría extensísimo el lapso durante el cual quienes pretendan desarrollar labores de vigilancia y control de la actividad contractual estatal, se verían privados de la posibilidad de ejercer laboralmente su profesión u oficio en esa especifica área.

Para esta Corte la referida argumentación pierde de vista que la restricción que la norma acarrea solo está referida a una misma entidad lo cual, claramente, constituye un elemento de marcada incidencia en la cuestión a considerar y cuya ponderación en modo alguno cabría omitirse en al medida en que, sin duda alguna, deja abierta la posibilidad de que quienes hayan celebrado los contratos que generan el impedimento o sus parientes o socios bien pueden aspirar a desarrollar las actividades propias de la interventoría que resulten de su interés, actuando como personas naturales o como entes jurídicos, en alguna otra de las tantas entidades del Estado, atrás indicadas, a que alude el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Evidentemente este último enfoque resta fortaleza a la argumentación del actor que por las

razones ya señaladas, pretende controvertir la constitucionalidad de la norma demandada.

Consideraciones adicionales como la que seguidamente se reseñan guardan íntima relación con el fin primordial que el legislador quiso concretar con la expedición del precepto demandado como lo es el de transparentar objetivamente, al máximo nivel posible, la función administrativa representada en la contratación estatal. Así por ejemplo, un interventor que ejerza su labor de vigilancia seguimiento y control sobre uno cualquiera de los contratos que, de acuerdo con la norma examinada, genera el impedimento cuestionado bien podría direccionar sus compromisos contractuales bajo un enfoque específico indeseable u omitir ciertos requerimientos de sus deberes o exigirlos con mediana intensidad o adoptar un cierto modo de proceder en la asunción de decisiones propias de su labor revisora, en aras de consolidar un determinado entendimiento sobre los puntos controvertidos del contrato sometido a su vigilancia y nada obstaría que esas posiciones o maneras de actuar estuviesen determinadas o fuesen el resultado del interés directo o indirecto de dicho interventor de que las mismas reglas o pautas se apliquen a otro contrato de la misma u otra naturaleza en los que éste, sus familiares o sus socios tenga celebrado con la misma entidad. Si bien semejante interferencia o cruce de intereses pudiera ser el resultado de una suposición extrema, en la práctica tal situación bien podría darse y, de entrada, la misma deberá tenerse como inaceptable en la medida en que resulta gravemente atentatoria de todos los principios que orienta la función administrativa y, en particular, el interés público y el patrimonio del Estado.

Bajo este entendimiento bien cabría preguntarse, ¿por qué resulta irracional y desproporcionado que la norma demandada pretenda evitar, en lo posible, la situación ejemplificada, si es claro el propósito perseguido por el precepto en cuestión e idóneo y necesario el mecanismo que al efecto se consagra en aras de preservar valores superiores de la actuación estatal que redundan en inequívocos beneficios para su transparencia, eficiencia y eficacia, y que claramente se ubican por encima del interés particular.? Una respuesta obligada a este interrogante es la de que el precepto en estudio sí se aviene al mandato superior en lo que atañe específicamente a los cargos invocados en la demanda en cuanto satisfacen los presupuestos de razonabilidad y proporcionalidad aducidos como fundamento de los cargos examinados.

De otra parte, cabe observar que la validez de una restricción dependerá de un análisis de

correspondencia entre la finalidad que persiga y el grado de afectación de otro u otros derechos, lo cual exige evaluar cada medida en el contexto de la actividad que se pretenda desarrollar.

Es claro y así se ha señalado por la Corte que las inhabilidades e incompatibilidades comportan una restricción para quienes son destinatarios de las mismas, lo cual encuentra plena justificación en el objetivo de interés público que las inspira, en este caso, el de preservar la transparencia en la contratación pública y prevenir la interferencia de intereses privados en el ejercicio de una actividad que, en desarrollo del principio de descentralización por colaboración, los particulares pueden prestar a la Administración para la vigilancia de la adecuada ejecución de los contratos públicos.

En esta oportunidad, la limitación se introdujo inicialmente con el propósito de impedir que, en la misma circunscripción territorial, quien funge como contratista actúe luego como interventor para una entidad del mismo sector administrativo. Sin embargo, el recuento de antecedentes muestra que durante el tránsito legislativo se amplió el ámbito de la restricción inicialmente aprobada, incluso a partir de supuestos distintos de los contenidos de la norma inicial, seguramente por cuanto el legislador encontró necesario hacer uso de esa cobertura ampliada, en aras de enfrentar con mayor eficiencia y eficacia, en todo el territorio nacional, la problemática de corrupción y de ausencia de transparencia y moralidad que se quiso enfrentar y superar.

Vistas así las cosas, en principio, no se advierte que la regulación cuestionada, en cuanto introduce la restricción ya precisada, resulte desproporcionada e irrazonable y, por ende, de ella no cabe predicar que prive sin fundamento a sus destinatarios de la posibilidad de acceder a una actividad lícita y, por esa vía, termine afectando tanto la libertad económica como el derecho al trabajo.

En efecto, no advierte la Corte que la norma acusada esté ausente de los atributos de necesidad y proporcionalidad en tanto claramente propugna por darle alcance a principios superiores de la administración pública como la transparencia, la imparcialidad y la defensa del patrimonio público, entre otros, utilizando al efecto una vía completamente idónea, útil y eficaz para asegurar el mencionado propósito, por ende, la limitación que incorpora no desborda el ámbito de actuación del legislador en cuanto a la observancia de los criterios que

en la demanda se echan de menos.

Para la Corte no cabe duda que la relevancia de la restricción que la norma impugnada establece estriba en la necesidad de evitar la simultaneidad de contratos celebrados con la misma entidad y obedece a que el legislador consideró necesario imponerla para ciertos contratos que por su naturaleza y gran impacto, requieren de controles más estrictos, todo con el propósito de darle prevalencia al bien común propiciando que la actividad administrativa que subyace en la contratación estatal se desarrolle con imparcialidad y transparencia y sin la interferencia que podría derivarse de la participación de los particulares por su múltiple vinculación contractual en relación con un específico ente estatal a través de los instrumentos jurídicos que la norma escogió como referentes para establecer la prohibición.

Cabe aquí prohijar, por su pertinencia, lo señalado por el señor Procurador General de la Nación en su concepto cuando señala que "la inhabilidad a las personas que incluye la norma no es desproporcionada, porque se basa en elementos patrimoniales, afectivos o de interés económico objetivos, que se predican también de otro tipo de inhabilidades. En este caso considera que es evidente la prevalencia del interés general sobre el particular y además la salvaguarda del bien común puede implicar que las personas reorienten su ejercicio profesional."

De esta forma encuentra la Corte igualmente oportuno acoger algunas de las consideraciones esbozadas por el Departamento Nacional de Planeación en cuanto señala que la limitación en una contratación determinada, como lo es la del contrato de interventoría, con una entidad específica, no implica la vulneración de los derechos de los interesados en adelantar las labores propias de la actividad respectiva (supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica, a los diferentes aspectos y etapas en que se desarrolla un contrato estatal) pues no se les estaría impidiendo que, respecto de otras entidades, puedan vincularse y ejercer el trabajo, la profesión u oficio a cuya supuesta restricción se oponen. Perspectiva bajo la cual la Corte encuentra válido que el legislador haya pretendido prevenir que una persona sea el interventor de contratos que hayan sido suscritos por ella o por familiares a objeto de concretar un fin constitucionalmente legítimo, cual es el de garantizar que la contratación estatal se realice con apego a los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, transparencia y objetividad.

La Corte también comparte lo que este interviniente esboza en el sentido de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y, por extensión, el de conflicto de intereses, ocupa un lugar preponderante dentro de las medidas de prevención de actos que pueden afectar al Estado y que es dentro del marco de la contratación estatal que debe hacerse valer con mayor rigor la anterior consideración, pues es allí donde se centra con mayor frecuencia el surgimiento de conductas contrarias a la observancia y acatamiento de los principios que informan la mencionada función administrativa.

No puede perderse de vista que el contrato de interventoría no está incluido entre aquellos que generan la incompatibilidad que la norma impugnada consagra, cuales son precisamente el de obra, concesión y el de suministro de medicamentos y alimentos, siendo ello así, quienes se dediquen primordialmente a desarrollar actividades propias de la interventoría, bien sea como personas naturales o a través de sociedades constituidas con ese fin, claramente estarían excluidos de los efectos e implicaciones que de aquella se derivan, motivo por el cual, en principio, y obviamente con el lleno de los requisitos legales, podrían celebrar diversos contratos de interventoría con la misma entidad, lo que garantizaría a los particulares dedicados a la mencionada actividad la posibilidad de ensanchar sus perspectivas laborales, circunstancia que se constituye en una razón de peso para concluir en que no es clara la configuración de la inconstitucionalidad aducida con apoyo en la supuesta conculcación del derecho a escoger libremente profesión u oficio.

Para la Corte resulta incontestable que, ciertamente, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades viene a ser un mecanismo legítimo que garantiza la transparencia y la probidad en la contratación pública que cuenta con un inequívoco soporte constitucional y legal, que igualmente aseguran evitar la corrupción y la efectiva materialización de principios claves como la independencia y la imparcialidad, que se constituyen en infaltables pilares de la defensa del patrimonio público.

Para la Corte tampoco genera hesitación alguna la consideración según la cual frente a la tensión que pueda suscitarse entre los derechos de los particulares que puedan versen afectados o restringidos frente a lo que supone la prevalencia y defensa del interés general y el patrimonio público, necesariamente habrá de decantarse por la primacía de estos últimos.

Si bien es cierto que no toda restricción a la libertad de ejercer profesión u oficio es constitucionalmente válida en tanto debe responder a criterios de razonabilidad, luego del examen de la norma acusada esta Sala advierte que la misma apunta a la realización de varios intereses y principios de relevancia constitucional relacionados con la transparencia en el ejercicio de la función pública y que la restricción en ella consagrada constituye una regulación razonable y adecuada para alcanzar los fines propuestos perspectiva bajo la cual no implica la violación de los preceptos constitucionales invocados.

VII. DECISIÓN

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

Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, del artículo 5° de la Ley 1474 de 2011

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

Con salvamento parcial de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS CARLOS MARIN PULGARIN

Secretario General (Ad-hoc)

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

A LA SENTENCIA C-618/12

INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS DE INTERVENTORIA EN ESTATUTO ANTICORRUPCION-Medida cumple una finalidad legítima e importante, el medio resulta legítimo y la relación medio-fin adecuada y conducente (Aclaración de voto)

TEST INTERMEDIO DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación en inhabilidad para celebrar contratos

de interventoría por cuanto constituye una limitación al goce de un derecho fundamental (Aclaración de voto)

Si bien comparto el criterio de la mayoría, considero necesario hacer algunas precisiones sobre la línea argumental seguida en la sentencia, pues en este caso debió aplicársele a la medida un test intermedio, porque constituye una limitación al menos al goce de un derecho constitucional fundamental: el derecho al trabajo. En este juicio la norma es constitucional, si cumple una finalidad legítima e importante, el medio empleado es legítimo, la relación medio-fin además de adecuada, debe ser efectivamente conducente; y finalmente la medida no debe ser desproporcionada. Pareciera que lo que persigue la norma es evitar los conflictos de interés entre quienes actúan en el mismo ámbito contractual, es decir, entre quienes ejecutan contratos de obra publica, de un lado, y quienes ejercen interventoría sobre este tipo de contratos.

Referencia: expediente D-8893

Demanda de inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 1474 de Julio 12 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del

control de la gestión publica".

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto, a continuación expongo las razones que me llevan a aclarar el voto en la presente sentencia. Si bien comparto el criterio de la mayoría, considero necesario hacer algunas precisiones sobre la línea argumental seguida en la sentencia

En el caso de la norma demandada, la inhabilidad consiste en que una persona y sus familiares mas cercanos y socios, no pueden celebrar contrato de interventoría con las entidades previstas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993 durante la ejecución y liquidación de tres contratos (concesión, obras publicas, y suministro de alimentos y medicamentos). Concretamente, la disposición extiende la inhabilidad al cónyuge, al compañero o compañera permanente, a los parientes en segundo grado de consanguinidad (abuelos,

hermanos y nietos), segundo de afinidad (abuelos y hermanos del cónyuge) y/o primero civil (hijos y padres adoptivos) y a sus socios en sociedades distintas a las anónimas abiertas.

La inhabilidad opera durante todo el plazo de ejecución del respectivo contrato y termina cuando el mismo se liquida.

En este caso, debió aplicársele a la medida un test intermedio, porque constituye una limitación al menos al goce de un derecho constitucional fundamental: el derecho al trabajo. El test habría facilitado el análisis de constitucionalidad. En este juicio la norma es constitucional, si cumple una finalidad legítima e importante, el medio empleado es legítimo, la relación medio-fin además de adecuada, debe ser efectivamente conducente; y finalmente la medida no debe ser desproporcionada.

Al aplicar el juicio a la medida, se llega a la misma conclusión de la ponencia. Pasaré a explicar por qué:

(i) Fin de la medida. El fin de la medida es legítimo e importante porque además de buscar la defensa de la moralidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia en el ejercicio de la administración publica, particularmente de la contratación estatal, intereses públicos valorados por la constitución, busca resolver el problema de corrupción en la administración publica en relación con los contratos que mayores problemas presentan en este sentido.

(iii) Relación medio-fin. La relación medio-fin debe ser adecuada y efectivamente conducente. Prima facie, y en abstracto las inhabilidades permiten hacer evidentes los conflictos de interés que se pueden presentar en la contratación pública y contrarrestarlos con la prohibición que ellas prescriben.

Pareciera que lo que persigue la norma es evitar los conflictos de interés entre quienes actúan en el mismo ámbito contractual, es decir, entre quienes ejecutan contratos de obra publica, de un lado, y quienes ejercen interventoría sobre este tipo de contratos, pues allí se hace evidente un interés particular, por ejemplo, de sacar del mercado un competidor, o hacer arreglos para beneficio mutuo. En estos casos lo que generaría el conflicto de interés radica en que quien ejecuta un contrato determinado y quien hace la función de interventor actúan en un mismo campo contractual, sin que la naturaleza de la entidad estatal, ni el territorio donde se va a ejecutar el contrato sean determinantes para que se configure el

conflicto de interés. Para estos asuntos, la medida es efectivamente conducente.

En los anteriores términos, dejo expresada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-618/12

INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS DE INTERVENTORIA EN ESTATUTO ANTICORRUPCION-Medida resulta desproporcionada en tratándose de contratos de concesión (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente D- 8893.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5° de la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

Actor: Juan Martín Caicedo Ferrer.

Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Estoy de acuerdo con la decisión de exequibilidad adoptada por la Sala Plena, no obstante, salvo parcialmente mi voto frente a la sentencia de constitucionalidad C- 618 de 2012, aprobada por la Sala Plena en sesión del ocho (08) de agosto de dos mil doce (2012) con respecto al condicionamiento de la interpretación de la norma acusada por el siguiente motivo:

La exequibilidad del artículo demandado en el entendido de que la inhabilidad allí prevista se aplicará en relación con los contratos que deban ejecutarse en la respectiva entidad territorial, a mi juicio resulta insuficiente frente a los contratos de concesión, puesto que la inhabilidad regulada por la norma es desproporcionada sobre éstos, en la medida que su duración por lo general suele ser por períodos muy prolongados, imponiendo una limitación desproporcionada a los contratistas que son especialistas en el tema, para que puedan ser interventores.

De esta manera, me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la Sala haciendo la claridad antes expuesta.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-618/12

INHABILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS DE INTERVENTORIA EN ESTATUTO ANTICORRUPCION-Necesidad de adelantar juicio de proporcionalidad (Aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, aclaro mi voto en la sentencia C-618 del 8 de agosto de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), fallo en el que la Corte decidió declarar exequible, por los cargos analizados, el artículo 5° de la Ley 1474 de 2011.

Estuve de acuerdo con la decisión de la mayoría, en el sentido que la norma es exequible en tanto no desconoce ningún precepto constitucional y, antes bien, tiene un objetivo relevante y valioso, como es garantizar la transparencia en la contratación estatal. Por ende, suscribí los argumentos contenidos en el fallo en ese sentido. Sin embargo, considero que para una adecuada solución del caso no bastaba con comprobar que la materia analizada hacía parte

del amplio margen de configuración legislativa, sino que era también necesario adelantar un juicio de proporcionalidad. Ello especialmente teniendo en cuenta que la sentencia concluye que la medida analizada no es desproporcionada, a pesar de no haberse efectuado dicho juicio.

El juicio aplicable en el caso analizado es de carácter intermedio, pues la medida legislativa tiene por objeto establecer una inhabilidad para contratar con el Estado, lo que limita el ejercicio del derecho al trabajo. De manera sucinta, este juicio demostraría que (i) la medida tiene un objetivo legítimo, como es evitar la conformación de conflictos de intereses entre contratistas estatales y quienes ejercen la interventoría de esos contratos; (ii) el medio utilizado, esto es, la inhabilidad para suscribir contratos de interventoría y en los supuestos descritos en la norma demandada, es adecuada para cumplir con la finalidad y no está prohibido por la Constitución; y (iii) no se evidencia que la medida analizada imponga una afectación desproporcionada del derecho al trabajo, pues se trata de una restricción de carácter temporal y que solo afecta una faceta específica del derecho, como es la capacidad de celebrar contratos estatales de interventoría en determinados eventos.

Considero, en ese sentido, que a pesar de la corrección de la decisión, incluir un juicio de proporcionalidad del modo propuesto hubiera permitido dar una respuesta más comprehensiva al problema jurídico planteado y, a su vez, se hubiese contado con reglas jurisprudenciales que sirvieran de base para la decisión de casos futuros y análogos.

Estos son los motivos de mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Sentencias T-403 de 1992, C-100 y C-911 de 2004, C-857 de 2008, T-493 de 2010.

2 Sentencias C-713 de 2009, C-819 de 2010 y C-186 de 2011.

3 Sentencias C-415 de 1994; C-178 de 1996; C-489 de 1996; C-429 de 1997; C- 348 de 2004; C 720 de 2004; C-172 de 2006 y C-353 de 2009

5 Sentencia C-584 de 1997.

6 Contrato de Concesión No.003 de 2006, para la elaboración de los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto, celebrado con el Instituto Nacional de Concesiones.

7 Manifiesta que es representante legal de la Sociedad CONSULTORÍA COLOMBIANA S.A.

8 Ley 1508 de 2012.

9 Uno de ellos ya se ejecutó y, el otro, se encuentran en etapa de liquidación

10 SA-MC-SGT-SMF-PRE-072-2011, construcción de obras de protección y adecuación en el municipio y muelle de Cabuyaro, río Meta, departamento del Meta; LP-SGT-SMF-PRE-036 de 2011, construcción de obras de protección y adecuación del canal navegable del río Nuquí, cabecera municipal de Nuquí y; LP-SGT-SMF-PRE-034-2011, construcción de muelle de Tarapacá, departamento de Amazonas, rio Putumayo.

11 No. 5339 del 26 de marzo de 2012

12 Cónyuge o compañero permanente, los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, los parientes civiles de primer grado y los socios en sociedades diferentes a la anónima abierta

13 “Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993.”

14 Sentencia C-415 de 1994

15 Ibid.

16 Sentencia C-088 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

17 Sentencia C-932 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

18 Sentencia C-128 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

19 Ibídem.

20 Exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005, Senado" en Gaceta del Congreso No. 458, 2005.

21 ARTICULO 209. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.//Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley." Por su parte el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone: "De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo."

22 Sentencia C-949 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

23 El contrato del Estado no es un fin en sí mismo, no agota su causa en el equilibrio de prestaciones determinadas, sino que todo el negocio se coloca en bloque al servicio de un interés público polifacético y móvil. Este fin es el verdadero fundamento del contrato del Estado, de tal forma que cuando aquel se desconecta de este, debe procederse a su modificación", ha dicho José Ignacio Monedero Gil en "Doctrina del Contrato del Estado". Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. 1977. Madrid. Citado en la Sentencia C-949 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

24 Sentencia C-949 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

25 "Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos

de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.// Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles".

26 Corte Constitucional, Sentencia C-788 de 2009.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 1993. También pueden consultarse, entre muchas otras, las Sentencias T-408 de 1992, T-610 de 1992, C-540 de 1993, C-377 de 1994, C-619 de 1996, C-505 de 2001 y C-1213 de 2001.

28 Sentencia C-181 de 1997. Ver también las Sentencias C-540/01, C-893/03 y C-903 de 2008, entre otras.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-658 de 1996.

30 Sentencia C-1041 de 2007.

{p}