C-721-99

Sentencia C-721/99

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Carencia actual de objeto

La Corte se inhibirá de conocer de las acusaciones contra los artículos 3º (parcial) de la Ley 4ª de 1964 y 2º (parcial) de la ley 36 de 1966 por carencia actual de objeto.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Demanda inepta por ausencia de cargo/PLIEGOS DE CONDICIONES-Cobro

La formulación de un cargo constitucional concreto contra la disposición demandada es uno de los requisitos materiales que debe cumplir el demandante. Y tales cargos, deben ser acusaciones concretas de inconstitucionalidad susceptibles de ser analizadas y evaluadas mediante el ejercicio del control abstracto constitucional. Esto significa, específicamente, que no existe un cargo idóneo, susceptible de ser controvertido mediante la acción de inconstitucionalidad, si el demandante en realidad no está acusando el contenido de una disposición sino que está utilizando la acción pública para impugnar otras actuaciones del Estado, pues la finalidad de esta acción pública es retirar o mantener en el ordenamiento una norma, según ésta sea o no exequible, por medio de una decisión que tiene efectos erga omnes. Por ello el control abstracto no es un ámbito propio para discutir peticiones de carácter individual, para las cuales el ordenamiento prevé otras vías procesales. Por ende, el Ministerio Público y los intervinientes tienen razón en señalar que si el actor no acusa realmente el contenido de las disposiciones señaladas, entonces la demanda es inepta, por ausencia de cargo, y procede un pronunciamiento inhibitorio. Las disposiciones impugnadas por el actor no contienen el mandato que él impugna. En efecto, todo su cargo se encuentra dirigido contra (i) el cobro de los pliegos de condiciones y (ii) el hecho de que éstos no puedan ser consultados sino una vez el particular haya pagado la tarifa respectiva. Sin embargo, ninguno de los artículos acusados de la Ley 80 de 1993 prevé esa posibilidad, por lo cual, esta Corporación deberá inhibirse por demanda inepta.

UNIDAD NORMATIVA-Improcedencia

No es pues válido que la Corte efectúe ninguna unidad normativa, por lo cual la decisión será inhibitoria, sin que esta Corporación deba entrar a definir con fuerza de cosa juzgada constitucional si las disposiciones de la Ley 80 de 1993 atribuyen a las entidades la competencia de cobrar los pliegos, pues se trata de una discusión puramente legal, ni si en la práctica algunas de ellas han cometido o no eventuales abusos por cobros desproporcionados por el retiro de tales pliegos. Estas situaciones corresponde analizarlas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y escapan a la competencia de esta Corte Constitucional, cuando conoce de acciones públicas de inconstitucionalidad.

Referencia: Expediente D-2326.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º de la ley 4ª de 1964 “Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos”; el artículo 2º de Ley 36 de 1966 “Por la cual se adiciona y aclara la ley 4ª de 1964, sobre la industria de

la construcción, concursos y contratos, y se dictan otras disposiciones"; los artículos 2424 (parcial) y 30 (parcial) de la ley 80 de 1993, "Estatuto General de la Contratación administrativa Pública".

Actor: Juan Carlos Morales Trujillo

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecido en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Juan Carlos Morales Trujillo demanda parcialmente los artículos 3º de la Ley 4ª de 1964, 2º de la Ley 36 de 1966 y 24 y 30 de la Ley 80 de 1993. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDAS.

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas y se subraya lo demandado. Así, el artículo 3º de la Ley 4º de 1964, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 31.481 del 6 de octubre de 1964, señala:

"Ley 4ª DE 1964

(30 de septiembre)

Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA

(…)

"Artículo 3º. Las entidades de que trata el artículo 1º abrirán registro de proponentes con sus correspondientes calificaciones y reglamentarán condiciones que deben reunir éstos para poder participar en los diferentes trabajos."

Por su parte, el artículo 2º de la Ley 36 de 1966, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 32.002 del 10 de agosto de 1966, establece:

“Ley 36 de 1966

(2 de agosto)

Por la cual se adiciona y aclara la ley 4ª de 1964, sobre la industria de la construcción, concursos y contratos y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

(…)

Artículo 2º. El artículo 6º de la ley 4ª de 1964, quedará así:

Las entidades a que se refiere el artículo 1º harán conocer oportunamente las condiciones de la licitación o concurso, por medio de los avisos en prensa. Entre la apertura, que coincidirá con la publicación del primer aviso, y el cierre de cada concurso o licitación, mediará un lapso no inferior a veinte días hábiles.

Parágrafo. El aviso de licitación deberá indicar la obra respectiva, el lugar de su ejecución, el organismo que abre la licitación, la oficina o dependencia oficial donde pueden consultarse o reclamarse las bases respectivas, el costo de los documentos que deben adquirir los postores, el local, día, hora en que deben realizarse la presentación y apertura de las propuestas, el monto total del presupuesto oficial, el importe de la garantía que deberán prestar los postores y cualquier otro dato que se considere indispensable.”

Finalmente, los artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 41.094 del 28 de octubre de 1993, preceptúan:

“Ley 80 de 1993

(28 de octubre)

Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación administrativa

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

(…)

Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

(…)

5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección

b. Se definirán reglas objetivas, justas y claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

c. Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad derivadas de los datos, informes y documentos que se suministren.

e. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impiden la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f. Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos o término de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones para la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las reglas siguientes:

(…)

2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideraren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

III. LA DEMANDA.

Considera el actor que las disposiciones demandadas desconocen los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 16, 25, 29, 209 y 355 de la Carta Política.

Según su parecer, existen diversos criterios para determinar el costo de los pliegos de condiciones, dependiendo de la decisión que adopte el representante legal de la entidad, del marco jurídico que se tenga en cuenta (legislación privada o derecho administrativo), de la cuantía de la contratación, del valor del presupuesto oficial de la obra y de la utilización que se dé a los pliegos de condiciones.

Reseña que, al consultar a varias entidades del Estado sobre la norma que permite determinar el costo de los pliegos, obtuvo diversas respuestas de parte de las autoridades: algunas afirmaron que para tal fin aplican lo previsto en el numeral 5º del artículo 24 y el artículo 30 de la ley 80 de 1993; otros se remiten a lo previsto en la ley 4ª de 1964 y en el artículo 2º de la ley 36 de 1966. Sin embargo, considera que estas disposiciones son contradictorias, puesto que las leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966 dan libertad a las entidades y a sus representantes legales de determinar el costo de los pliegos de condiciones, mientras que la ley 80 de 1993 lo impide, pero que a pesar de ello, todas las entidades del Estado fijan el costo de los pliegos de condiciones para las licitaciones públicas, según la voluntad del representante legal; en contraste con ello, los pliegos para las invitaciones directas son gratuitos.

Entiende que esta diferencia entre las licitaciones públicas y privadas afecta el patrimonio de los ciudadanos y la posibilidad de participar en los procesos licitatorios. Agrega que ante la diversidad de criterios que existen en las entidades públicas para determinar el costo de los pliegos, la Corte debe precisar cual es el criterio es el aplicable a la luz de la Constitución. Además, según su parecer, atendiendo el principio de igualdad, si ha existido un solo pliego de condiciones cuyo costo ha sido gratuito, este beneficio se debe hacer extensivo a todos los colombianos y/o residentes en Colombia.

El actor propone entonces que todos los documentos que hacen parte de una licitación sean públicos, y por tanto, en virtud del derecho de petición, puedan ser consultados o adquiridos por cualquier ciudadano. Bajo tal supuesto, si un proponente o un ciudadano desea adquirir una copia de ellos, sólo debería cancelar el valor de las fotocopias. Según su parecer, el alto costo de los pliegos de condiciones impide la participación de los proponentes, situación que no se presenta en las invitaciones directas, lo cual desconoce que las actuaciones administrativas deben sujetarse a los principios señalados en los artículos 1º, 2º, 29 y 209 de la Constitución.

Por último, solicita, a esta corporación que declare la inexequibilidad de los artículos demandados, por cuanto permiten determinar el costo de los pliegos de condiciones dependiendo del libre albedrío de los representantes legales.

Posteriormente, en varias oportunidades, el actor presenta escritos complementarios a su demanda, en donde expresa algunos argumentos adicionales. Según su parecer, aún cuando el artículo 81 de la ley 80 de 1993 derogó las disposiciones que le son contrarias, las entidades del Estado siguen fijando a su arbitrio el costo de los pliegos, por lo cual debe concluirse que ni la Constitución ni la ley 80 de 1993 han restringido la participación, sino que son los “superfuncionarios”, esto es, los representantes legales de las entidades, quienes obrando por encima de la Constitución y de la ley, definen quiénes pueden participar en las licitaciones públicas. Concluye entonces el demandante al respecto:

“Es importante destacar que, en lo que atañe a la presente demanda respecto de la fijación del costo de los Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia, en ningún momento el legislador al expedir el Estatuto de Contratación Ley 80 de 1993, o el Código Contencioso Administrativo, o la Ley 57 de 1985, violó la Constitución, fue el erróneo criterio de las entidades y de sus representantes legales (...) quienes al parecer han abusado, se

permitieron adoptar funciones de legisladores, omitieron el cumplimiento de ciertos principios constitucionales (con dolo o sin él, con culpa o sin ella, no se pretende juzgar si fue tratando de beneficiar o perjudicar a alguien, lo que se pretende es demostrar que hubo una o varias violaciones a la Constitución y a las Leyes), pues bien, con su conducta produjeron las ilegalidades por las cuales deben responder."

El actor considera que la compra obligatoria de los pliegos de condiciones o de los términos de referencia no permite que la participación sea libre ni menos aún, espontánea, obstaculizando así la democracia, puesto que la contratación administrativa puede ser entendida como una forma especial de participación pública. Además, agrega el demandante, este cobro obstaculiza el control ciudadano sobre la administración pública, ya que impide a las personas conocer el contenido concreto de las condiciones de contratación. Igualmente afirma que esta exigencia es una traba para el legítimo ejercicio de los derechos y limita el libre desarrollo de la personalidad de quienes desean ser parte activa en las decisiones con trascendencia social.

Por todas esas razones, según el demandante, no ha existido en este campo una real igualdad de condiciones y oportunidades, ni se ha respetado la dignidad de la persona, pues con la conducta asumida por los representantes legales se encuentran seriamente comprometidos los fines esenciales del Estado. A su juicio, también se desconoce el debido proceso, por cuanto todo cobro debe tener el respectivo y previo respaldo en la ley, situación que no se presenta en el caso de los Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia, donde se ha determinado un valor superior al precio de las copias, cuyo cobro sí está autorizado por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 23.

El actor solicita entonces a la Corte un pronunciamiento sobre la legalidad de lo actuado en toda la contratación administrativa durante la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983 y de la ley 80 de 1993; también pide que en caso de existir ordenanzas y acuerdos donde se haya fijado el procedimiento para calcular el costo de los pliegos de condiciones, se señale en la sentencia las entidades territoriales que han proferido tales actos administrativos. Igualmente, pretende que la Corte determine cuál debe ser el costo de los pliegos de condiciones en las entidades estatales y privadas.

En un nuevo análisis, el actor agrega que la discreción que tiene el representante legal de una entidad Estatal no puede ser una justificación adecuada, ni un procedimiento idóneo, ni presupuesto legal para avalar el ingreso contable de un mayor valor del que actualmente autoriza la ley, esto es, el correspondiente al precio de las copias o reproducciones.

IV- INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

La ciudadana Blanca Esperanza Niño Izquierdo, actuando como apoderada del Ministerio de Justicia, defiende la constitucionalidad de las normas atacadas.

Sostiene que los artículos 2 de la ley 4/64 y 3 de la ley 36/66 fueron derogados por la ley 80 de 1993. En cuanto al primero, toda vez que el nuevo estatuto de la contratación estatal unificó los registros de proponentes y eliminó la facultad que tenía cada entidad para fijar los

requisitos de una persona antes de considerarse debidamente inscrita, calificada y clasificada. Y con respecto a la segunda norma (art. 3 ley 36/66), porque la ley 80/93 reguló para todos los procesos licitatorios, y en forma expresa, el contenido de los avisos de prensa por los que se da publicidad a la licitación y la contratación.

Advierte que solamente debe existir pronunciamiento sobre los artículos acusados de la ley 80 de 1993, pero aclara que frente a los mismos no se plantea directamente cargo alguno.

Descarta la existencia de un trato desigual respecto a los participantes de un proceso licitatorio público en una entidad estatal, porque el precio que se fija para los Pliegos de Condiciones debe ser cancelado por todas las personas que aspiran a participar en la mencionada selección. Según su criterio, la justificación objetiva y razonable para que los citados pliegos tengan un valor económico está dada por el hecho de que estos constituyen el fundamento de la escogencia objetiva, y es requisito para considerar a los aspirantes como participantes o proponentes. También afirma que se garantiza cierta solidez económica para respaldar la propuesta, e interés para hacerlo.

Concluye su intervención reiterando la constitucionalidad de las disposiciones atacadas, cuya finalidad esencial no es otra, en su opinión, que garantizar la transparencia de los procesos licitatorios de la administración pública. Solicita entonces que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El ciudadano Juan Fernando Romero Tobón interviene en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y solicita a la Corte “declararse inhibida respecto de los artículos 3º (parcial) de la ley 4ª de 1964 y 2º de la ley 36 de 1966, por encontrarse derogada dicha normatividad” y extender “dicha declaración a los apartes impugnados de los artículos 24 y 30 de la ley 80 de 1993 por ausencia de cargo contra los mismos.”

En primer lugar considera el interviniente que las disposiciones censuradas de los años 1964 y 1966 han desaparecido del ordenamiento jurídico colombiano. Relata que desde aquella época se han expedido tres estatutos básicos contractuales (Dec. 150/76, Dec. 222/83 y, en la vigencia de la Constitución de 1991, la ley 80/93). Argumenta que en 1976, por expresa decisión del legislador se adoptó un único estatuto para regular la contratación que realicen la Nación y sus entidades descentralizadas. Así pues, desde aquel entonces estos preceptos dejaron de tener vida jurídica y no producen efecto alguno.

Según su parecer, el propósito del impugnante se dirige a zanjar una determinada interpretación, desvirtuando así el sentido del control abstracto de constitucionalidad.

El interviniente pasa luego al estudio de los cargos formulados con respecto a las disposiciones de la ley 80 del año de 1993. Según su parecer, no existe un cargo estructurado en contra del numeral 5 del artículo 24 atacado, en el cual simplemente “se destaca la objetividad del proceso selectivo como parte crucial del principio de transparencia”. La misma apreciación hace con respecto al artículo 30 de la ley de contratación.

El ciudadano precisa entonces que la fijación del costo no resulta ser un elemento propio del pliego de condiciones, en donde el impugnante focaliza sus pretensiones, sino que "hace parte de la actuación dentro de la cual se da publicidad al acto, de allí la inconsistencia de la demanda y la pretensión de inexequibilidad que se formula". En estas condiciones, sostiene que el tema del costo del pliego de condiciones no está expresado en las normas impugnadas, por lo cual la decisión de la Corte debe ser inhibitoria. No obstante, reconoce que el pago por acceder a los pliegos se integra al proceso selectivo de manera tal que en su fijación se tengan en cuenta dos aspectos: la posibilidad de participación de los ciudadanos y los costos que implica un proceso de esta naturaleza, circunstancias que en nada afectan la constitucionalidad del sistema previsto. Manifiesta además, que las expresiones atacadas no desconocen el ordenamiento jurídico y que por el contrario están acordes con los principios de transparencia e imparcialidad que deben gobernar la actuación administrativa.

Para terminar, concluye el interviniente, que las razones invocadas pretenden una interpretación judicial pero no plantean un referente lógico entre la norma impugnada y las razones por las cuales se contraviene la Constitución. Concluye entonces el ciudadano:

"Las anteriores reflexiones no disuaden de que la petición principal dentro de este criterio sea la inhibición como aquí se solicita. Por la vía escogida en la impugnación no se vislumbra cómo las normas acusadas infrinjan las disposiciones constitucionales que menciona. Las razones que invoca, además de pretender que se formule una interpretación judicial sobre este tema, no plantean un referente lógico entre la norma impugnada y las razones por las cuales estaría en contra de la Constitución. Se destaca, en todo caso, que la actuación administrativa dentro del proceso de contratación, la fijación del valor de los pliegos inclusive, esta regida por una serie de principios que deben ser tenidos en cuenta en todas y cada una de las decisiones que adopta."

3. Departamento Administrativo de la función Pública

El ciudadano Antonio Medina Romero, en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, interviene en el proceso y defiende la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas. Según su parecer, en la demanda no se expresan las razones por las cuales se considera que las normas acusadas desconocen los preceptos constitucionales, siendo que estas disposiciones desarrollan los principios de transparencia, imparcialidad y selección objetiva del contratista.

El interviniente considera que el artículo 2º de la Ley 36 de 1966 permite definir el costo de los documentos que deben adquirir los postores, pero que es imposible regular de manera general el valor de los pliegos de condiciones o de los términos de referencia, teniendo en cuenta que cada negocio o contrato tiene sus propias especificaciones técnicas, administrativas y económicas. Pero no desconoce que en todo caso el costo de la citada documentación debe observar los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la función administrativa.

Finaliza su escrito expresando que sería un error entender que por no haber reglamento, la ley es inconstitucional. "Por el contrario, según su parecer, si el legislador o el ejecutivo lo regularan, incurrirían precisamente en inequidades e imprecisiones, bien sea frente a la propia administración o frente a los particulares".

4. Federación Colombiana de Municipios

El ciudadano Gilberto Toro Giraldo, en representación de la Federación Colombiana de Municipios, interviene en el proceso y considera que las leyes 4 de 1964 y 36 de 1966 se encuentran derogadas, toda vez que la ley 80 de 1993 fue enfática al consagrar en su artículo 81 la derogación genérica de las normas contrarias a sus disposiciones, que se presenta para este evento y más aún, tratándose de procedimientos regulados de forma íntegra por el nuevo Estatuto.

Expone que la Ley 80 de 1993 no permite pero tampoco prohibe asignar algún costo económico a los pliegos de condiciones, motivo por el cual la demanda tiene vocación de fracaso, dado que el reproche se dirige contra una práctica administrativa en forma genérica: cobrar los pliegos de condiciones. Con todo, el interviniente considera que es necesario un pronunciamiento de la Corte que se funde en criterios de racionalidad y razonabilidad en este campo específico, y comparte el argumento según el cual, a falta de norma expresa, se debe pagar el costo de la copia por el interesado. Concluye entonces el ciudadano:

"Si nos limitamos al texto de la Ley 80 de 1993 y a su comparación con la Constitución, que es el objeto propio de la acción de inconstitucionalidad, tendremos que concluir que la demanda tiene vocación de fracaso porque el reproche va dirigido es contra una práctica administrativa en forma genérica, ni siquiera contra actos administrativos sean ellos generales o particulares, y en todo caso para nada cuestiona la juridicidad o constitucionalidad del texto legal.

Con todo, parece de capital importancia que la Corte en esta ocasión siente su criterio sobre la racionalidad y razonabilidad en el campo específico de la contratación estatal, recordando que ni siquiera la ley puede obrar caprichosa o arbitrariamente en la fijación de un precio que los interesados en una licitación o concurso público deban pagar por el documento contentivo de pliego de condiciones.

Es verdad que no en todos los casos se justifica que el pliego de condiciones tenga un precio, y mucho menos que se fije como condición para participar en un procedimiento licitatorio la prueba de que el proponente haya adquirido en la entidad el pliego.

A falta de norma expresa que autorice el cobro del valor del pliego, es bastante bien traído el argumento del demandante en el sentido de que habrá de acudirse a las normas generales sobre acceso a los documentos públicos, las cuales determinan que se pague el costo de la copia por el interesado."

5. Apoyo investigativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Conforme a lo señalado en el Acta No 24 del 5 de mayo de 1999, la Sala Plena decidió suscribir acuerdos con algunas universidades, a fin de que éstas apoyen la labor de la Corte, en tanto que amigas de la misma (amicus curiae), para lo cual deberán suministrar materiales bibliográficos e información que esta Corporación les solicite, sobre temas específicos relacionados con los asuntos estudiados por la Corte. Con base en esos acuerdos, y teniendo en cuenta que la demanda suscitaba inquietudes acerca de la manera como se adelantan, en la práctica, la consulta de los pliegos de condiciones en los procesos de

licitación, el magistrado ponente solicitó a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional información sobre la materia. Esta Universidad remitió a esta Corporación un informe detallado, con los correspondientes anexos, incluyendo copias de algunos pliegos de condiciones, extractos de doctrina nacional sobre el tema y de conceptos de la Sala de Consulta del Consejo de Estado. Según el informe de la Universidad Nacional, no es cierto que las personas no puedan conocer el contenido de los pliegos de condiciones sin pagar su valor, pues en general las entidades permiten la consulta del mismo a quien esté interesado. Otra cosa -explica el informe- es que el proponente deba cancelar una suma determinada, en general un porcentaje del valor estimado del presupuesto de la obra prevista, si quiere formalmente participar en la lictiación.

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, en concepto No 1803, recibido el 11 de mayo de 1999, solicita a la Corte que se inhiba de conocer de los cargos formulados en la demanda contra los artículos 3º de la ley 4ª de 1964 y 2º de la ley 36 de 1966, por carencia actual de objeto.

Explica que con la expedición del Decreto-Ley 1670/75 se reglamentó todo lo atinente a los contratos celebrados por la Nación, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, disponiendo en el artículo 204 que por regularse íntegramente la materia, las disposiciones de carácter general o especial vigentes hasta entonces quedaban derogadas. Así, entiende la Vista Fiscal que las leyes 4/64 y 36/66 dejaron de producir efectos jurídicos, incluso desde antes de la vigencia de la nueva Carta, por lo cual, no puede la Corte entrar a analizar su constitucionalidad.

De otro lado, según el Ministerio Público, las normas atacadas de la ley 80 de 1993 no se refieren al valor de los pliegos de condiciones. Los literales a), b), y c) del artículo 24 numeral 5º, hacen alusión a los requisitos que deben reunir los pliegos de condiciones, en tanto que el numeral 2º del artículo 30 de ese mismo estatuto señala que se deben detallar con claridad los elementos esenciales del proceso de contratación. Por consiguiente, según el Procurador, la Corte debe inhibirse por ineptitud sustantiva de la demanda.

VI- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 3º (parcial) de la Ley 4ª de 1964, del artículo 2º (parcial) de la ley 36 de 1966 y de los artículos 24 y 30, ambos parciales, de la ley 80 de 1993, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de normas que hacen parte de leyes de la República.

Inhibición por derogatoria de los artículos 3º de la Ley 4ª de 1964 y 2º de la ley 36 de 1966.

2- Como bien lo señala la Vista Fiscal y uno de los intervientes, el Decreto-Ley 1670 de 1975, reguló todo lo atinente a los contratos que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos

Administrativos), los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, en las que la Nación posea más del 90% del capital social, y en cláusula derogatoria dispuso que ese cuerpo normativo "por regular íntegramente la materia, deroga las disposiciones de carácter general o especial vigentes sobre los contratos de que trata , en las entidades a las que el mismo se refiere". Por su parte, el Decreto Ley 150 de 1976, que constituye un estatuto contractual integral, que regula los contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas, también establece, en su artículo 204, que esa normatividad, "por regular íntegramente la materia, deroga las disposiciones de carácter general o particular sobre los contratos de que trata, en las entidades a que el mismo se refiere". Posteriormente se han expedido otros dos estatutos contractuales, a saber, el decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, pero ninguno de esos dos cuerpos normativos revivieron la vigencia de la Ley 4ª de 1964 o de la Ley 36 de 1966. Así, el artículo 301 del decreto 222 de 1983 precisa que ese estatuto "deroga las disposiciones de carácter general o particular vigentes sobre la materia que le sean contrarias.". Por su parte, el artículo 81 de la Ley 80 de 1923 señala que deroga todas las normas que le sean contrarias.

Conforme a lo anterior, desde 1975, tanto la Ley 4ª de 1964 como la Ley 36 de 1966 se encuentran formalmente derogadas. Es igualmente claro que los apartes acusados de esas leyes no son susceptibles de producir efectos en la actualidad, puesto que se refieren a los procesos de celebración de los contratos, los cuales, a partir de 1975, se han regido por normatividades ulteriores. Por consiguiente, la Corte se inhibirá de conocer de las acusaciones contra los artículos 3º (parcial) de la Ley 4ª de 1964 y 2º (parcial) de la ley 36 de 1966 por carencia actual de objeto.

El problema de la inhibición por demanda inepta en relación con artículos acusados de la ley 80 de 1993

3- El actor acusa parcialmente los artículos 24 y 30 de la ley 80 de 1993, que se encuentran vigentes, pero el Ministerio Público y algunos intervinientes consideran que esta Corporación debe igualmente inhibirse, por ser inepta la demanda en relación con esas disposiciones. Según su parecer, los cargos del demandante se dirigen contra la norma que autoriza el cobro de los pliegos de condiciones, pero ni los literales b) y e) del artículo 24 de la ley 80 de 1993, ni el ordinal 2º del artículo 30, que son las disposiciones acusadas, prevén ese cobro, por lo cual, el actor realmente no formula ningún cargo constitucional contra esos artículos. Entra pues la Corte a analizar si procede o no la inhibición.

4- Esta Corporación tiene bien establecido que la formulación de un cargo constitucional concreto contra la disposición demandada es uno de los requisitos materiales que debe cumplir el demandante. Y tales cargos, ha señalado esta Corte1, deben ser acusaciones concretas de inconstitucionalidad susceptibles de ser analizadas y evaluadas mediante el ejercicio del control abstracto constitucional. Esto significa, específicamente, que no existe un cargo idóneo, susceptible de ser controvertido mediante la acción de inconstitucionalidad, si el demandante en realidad no está acusando el contenido de una disposición sino que está utilizando la acción pública para impugnar otras actuaciones del Estado, pues la finalidad de esta acción pública es retirar o mantener en el ordenamiento una norma, según ésta sea o no exequible, por medio de una decisión que tiene efectos erga omnes. Por ello el control

abstracto no es un ámbito propio para discutir peticiones de carácter individual, para las cuales el ordenamiento prevé otras vías procesales. Por ende, el Ministerio Público y los intervinientes tienen razón en señalar que si el actor no acusa realmente el contenido de las disposiciones señaladas, entonces la demanda es inepta, por ausencia de cargo, y procede un pronunciamiento inhibitorio. Es pues necesario que la Corte examine si las disposiciones de la Ley 80 de 1993, impugnadas por el actor, contienen o no el mandato que éste cuestiona, a saber, que la Administración pueda cobrar por el pliego de condiciones y sólo podrán consultar su contenido quienes hayan cancelado la suma respectiva.

5- Los literales impugnados del ordinal 5º del artículo 24 establecen que, en virtud del principio de transparencia, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben indicarse "los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección", e igualmente deben definirse "reglas objetivas, justas y claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso." Igualmente, que el pliego definirá "reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impiden la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad." Como se ve, estas disposiciones regulan el contenido que debe contener el pliego, sin señalar que la Administración cobrará por ellos, por lo cual, el cargo del actor no se encuentra adecuadamente encaminado a impugnar esos literales.

Por su parte, el ordinal 2º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 señala las reglas que regulan la licitación o concurso, y establece que "la entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideraren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas." Esta disposición tampoco establece que la Administración está facultada para cobrar los pliegos de condiciones, pues simplemente precisa cuáles son las condiciones que deben contener esos pliegos y los aspectos a que debe sujetarse, sin mencionar, en ningún momento, que las entidades cobrarán por ellos, y que la consulta de su contenido se encuentra sujeta al pago previo de una determinada tarifa.

6- Con todo, podría sostenerse que en el presente caso, la situación es más compleja, por cuanto la demanda expresamente reconoce que es posible que las normas impugnadas no faculten a la Administración a cobrar por la entrega de los pliegos, pero el hecho es que las entidades desarrollan esa práctica, y suelen invocar las disposiciones acusadas como fundamento de sus actuaciones, por lo cual, actúan como si esos artículos de la Ley 80 de 1993 les brindaran esa posibilidad. Por ende, podría considerarse que el actor cuestiona un contenido normativo -el cobro de los pliegos y la restricción de su publicidad- que se encontraría implícito en las disposiciones acusadas, y que estaría operando eficazmente en la vida social y en el tráfico jurídico, en la medida en que muchas entidades administrativas actúan como si esa norma legal existiera y las facultara para realizar las mencionadas prácticas.

7- El argumento del demandante en principio parece tener sustento. Así, es cierto que en la práctica jurídica -como lo demuestra la investigación de la Universidad Nacional incorporada a este expediente- las entidades cobran por el retiro formal del pliego de condiciones, lo cual significa que consideran que tienen competencia para tal efecto.

De otro lado, otros apartes -no demandados- de la Ley 80 de 1993 parecen indicar que existe en el proceso de licitación una suerte de retiro formal el pliego, por parte de los proponentes, pues quienes efectúan ese paso, adquieren, a partir de ese momento, ciertas facultades específicas. En efecto, el artículo 40 ord 4º establece que dentro de los tres días hábiles para la presentación de las propuestas, "y a solicitud de cualesquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oir a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intrevinientes (subrayas no originales)". Por su parte, el ordinal quinto de ese mismo artículo precisa que el plazo de la licitación o concurso se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, pero "cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado" (subrayas no originales).

Estas normas confieren ciertos derechos a quienes hayan retirado los pliegos. Podría entonces entenderse que, por tal hecho, esas disposiciones de la Ley 80 de 1993 facultan a la administración a cobrar una tarifa por ese retiro del pliego, precisamente porque confieren ciertos derechos especiales a quienes lo hagan, y que, por ende, la Corte debe pronunciarse de fondo sobre algunas de las disposiciones acusadas, cuyo contenido podría entenderse de distinta forma, si tomamos en cuenta esa facultad implícita de cobro. En efecto, el artículo 25 numeral 5 lit. a) dispone que en los pliegos de condiciones o términos de referencia "se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección". Por su parte, el artículo 30 numeral 2º del referido estatuto ordena que la entidad contratante elabore los pliegos de condiciones y los términos de referencia, señalando en detalle las obligaciones de las partes "y todas las demás circunstancias necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y concretas". Podría entonces considerarse que, en la medida en que implícitamente los ordinales 4º y 5º del artículo 40 presuponen que las entidades pueden cobrar por el retiro formal del pliego de condiciones, entonces las disposiciones acusadas también facultan a las entidades a hacer tal cobro, en la medida en que ese pago podría ser entendido como uno de los "los requisitos objetivos necesarios" para participar en la licitación, o como una de las "demás circunstancias necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y concretas".

8- A pesar de la aparente plausibilidad del anterior argumento, la Corte considera que no es de recibo y no procede un pronunciamiento de fondo, por las siguientes dos razones: de un lado, porque, como lo muestra la investigación de la Universidad Nacional, y un somero análisis normativo, no es cierto que las personas no puedan consultar el contenido de los pliegos. En la práctica, las entidades permiten que las personas puedan conocer esos documentos. La Unidad de Apoyo del Consultorio Jurídico de la Universidad Nacional de Colombia, en la investigación que realizó, constató que aquellas personas deseosas de participar en una licitación pública, pueden dirigirse a las oficinas de la entidad

correspondiente, en las cuales se les facilita la información necesaria y se permite el acceso directo al Pliego de Condiciones, con el fin de brindar la información necesaria y suficiente para que, si lo consideran pertinente, se vinculen como proponentes en la convocatoria pública.

Y es que no podía ser de otra forma, porque la propia Ley 80 de 1993 ordena esa publicidad de los pliegos. En efecto, el artículo 24, que regula el principio de transparencia, señala explícitamente, en su ordinal 3º, que "las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contienen estarán abiertos al público", por lo cual, como bien lo ha señalado la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con criterios que esta Corte comparte, debe entenderse que los procesos contractuales, incluido obviamente el pliego de condiciones, están sujetos al principio de publicidad, con excepción de aquellos documentos que, por mandato legal o constitucional, tengan reserva2.

Por consiguiente, las personas pueden consultar los pliegos de condiciones, por lo cual, en este aspecto, la interpretación del actor carece de todo sustento. Otra cosa es que las entidades puedan cobrar por el retiro formal de los mismos.

Pero incluso en este aspecto, el cargo del actor estaría condenado a fracasar, por cuanto no habría verdaderamente dirigido su acusación contra la disposición apropiada, que eventualmente podría conferir esa facultad a las entidades. En efecto, el análisis legal efectuado en el fundamento No 7 de esta sentencia muestra que, inclusive si suponemos que la interpretación legalmente más adecuada de la Ley 80 de 1993 es suponer que existe una facultad de cobro de los pliegos, -asunto que no compete definir a la Corte Constitucional sino a los jueces ordinarios- de todos modos las disposiciones que hipotéticamente prevén esa posibilidad no son las que fueron demandadas por el actor sino los ordinales 4º y 5º del artículo 40, que no fueron acusados. Por ende, la demanda seguiría siendo inepta.

9- Con todo, podría argumentarse que, con fundamento en la unidad normativa prevista por el inciso tercero del artículo 6º del decreto 2067 de 1991, y a fin de evitar que su fallo sea inocuo, la Corte debería entrar a analizar también esos dos ordinales, a pesar de que no fueron demandados. Sin embargo, esa posibilidad no es pertinente, puesto que, como lo ha señalado esta Corporación, la figura de la unidad normativa "es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano" (Sentencia C-320 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento No 5). Y en los casos de exequibilidad, dijo la Corte en esa sentencia, es procedente que la sentencia "se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad". Ahora bien, en el presente caso, no se dan esas hipótesis que legitiman el uso excepcional de la unidad normativa ya que el actor no acusó en debida forma ningún contenido normativo específico, pues ninguna de las disposiciones legales impugnadas consagra la facultad que el demandante considera que es inconstitucional.

No es pues válido que la Corte efectúe ninguna unidad normativa, por lo cual la decisión será

inhibitoria, sin que esta Corporación deba entrar a definir con fuerza de cosa juzgada constitucional si las disposiciones de la Ley 80 de 1993 atribuyen a las entidades la competencia de cobrar los pliegos, pues se trata de una discusión puramente legal, ni si en la práctica algunas de ellas han cometido o no eventuales abusos por cobros desproporcionados por el retiro de tales pliegos. Estas situaciones corresponde analizarlas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y escapan a la competencia de esta Corte Constitucional, cuando conoce de acciones públicas de inconstitucionalidad.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: INHIBIRSE de conocer de la demanda contra los apartes acusados de los artículos 3º de la Ley 4ª de 1964 y 2º de la ley 36 de 1966, por carencia actual de objeto.

Segundo: INHIBIRSE de conocer de la demanda contra los apartes acusados de los artículos 24 y 30 de la ley 80 de 1993, por demanda inepta, por ausencia de cargo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretario General

1 Ver, entre otras, las sentencias C-236 de 1997 y C-447 de 1997.

2 Ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. No Rad 558. Consejero Ponente Jaime Betancur Cuartas, 3 de diciembre de 1993.