

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Procedencia respecto de una disposición que existe en el ordenamiento jurídico y que se encuentra produciendo efectos jurídicos en el momento en que se profiere la sentencia

#### COSA JUZGADA MATERIAL-Concepto

Tal y como se deduce de lo preceptuado en el artículo 243 de la Constitución, la cosa juzgada constitucional se predica tanto del texto normativo formal que ha sido objeto de pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación, como de su contenido normativo, todo lo cual conlleva efectos definitivos, inmutables y vinculantes que impiden reabrir el debate judicial o la nueva discusión de constitucionalidad respecto de la norma que fue objeto de decisión previa. En tal virtud, ni la Corte Constitucional ni ninguna otra autoridad pueden juzgar nuevamente, y por los mismos motivos, aquellas expresiones que fueron objeto de pronunciamiento definitivo de esta Corporación que tiene fuerza vinculante erga omnes, certeza y seguridad jurídica. La cosa juzgada constitucional ampara el contenido material de la norma analizada, pues se predica de la disposición normativa que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

#### JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración

En aplicación de los principios de igualdad de trato jurídico, supremacía constitucional, seguridad jurídica y confianza legítima, esta Corporación ha señalado que los jueces tienen el deber de motivar y fundamentar las conclusiones a las que llegan al resolver los asuntos concretos, teniendo en cuenta las reglas fijadas en los casos fallados y que surgen de la interpretación de la Constitución. Así, a todos los jueces, incluyendo a la propia Corte Constitucional, corresponde identificar la ratio decidendi o aquella parte de las sentencias que constituye la razón de decisiones anteriores consolidadas y uniformes, para justificar la decisión; de tal forma que puede reproducir los argumentos precedentes y, reiterar jurisprudencia, o justificar con argumentos serios, claros y suficientes su separación del precedente para adoptar una decisión distinta a la fallada con anterioridad.

#### RATIO DECIDENDI-Concepto/RATIO DECIDENDI-Consolidación

La ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurídico puede consolidarse en una oportunidad posterior, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. Por ello, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores

### COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y RATIO DECIDENDI-Diferencias

Mientras la ratio decidendi, se refiere a los motivos o fundamentos jurídicos con base en los cuales un juez resuelve un asunto concreto, la cosa juzgada constitucional se predica del texto normativo o del contenido jurídico que ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional. Luego, a pesar de que el juez se encuentra vinculado tanto por el precedente jurisprudencial como por la cosa juzgada constitucional, lo cierto es que son dos conceptos distintos que resultan obligatorios en dos dimensiones diferentes. En efecto, aunque es cierto que un juez puede separarse del precedente jurisprudencial o reiterar jurisprudencia, en consideración con la autonomía judicial y la seriedad de su argumentación, también es cierto que no puede volver a estudiar el mismo asunto definido y fallado con anterioridad porque respecto de él, el ordenamiento jurídico ha dispuesto la cosa juzgada constitucional como una garantía de inmutabilidad y definición pacífica y última de la controversia jurídica.

### CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Finalidad

La defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron.

## ACCIONES AFIRMATIVAS-Antecedentes históricos en Estados Unidos y Europa

Las acciones afirmativas en el derecho norteamericano surgen como medidas diferenciadoras para privilegiar grupos tradicionalmente discriminados, principalmente por razones de raza, lo cual se extendió posteriormente para la protección de la mujer y de los discapacitados. En el mismo sentido, los Tribunales Constitucionales Europeos han reconocido la importancia de las medidas estatales que diseñan políticas favorables o preferenciales de acceso a recursos o servicios escasos para un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente han sido discriminados.

## IGUALDAD MATERIAL EN ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Alcance

El cambio de concepción de la igualdad formal a la igualdad material, propio del Estado Social de Derecho, según el cual las autoridades públicas no sólo protege el derecho mediante la abstención sino también y, en algunas oportunidades en forma obligatoria, mediante la intervención activa en esferas específicas, generó decisiones públicas proteccionistas de grupos de personas que han sido tradicionalmente marginados o discriminados por razones diversas. En tal virtud, la aplicación efectiva y real del principio de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo exige del Estado su intervención, de un lado, para evitar que los agentes públicos y los particulares discriminen y, de otro, para hacer exigibles tratos favorables en beneficio de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

## ACCIONES AFIRMATIVAS EN ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Objeto/ACCIONES AFIRMATIVAS EN ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Finalidad

En desarrollo del concepto de igualdad material y del reconocimiento que el derecho hace de la existencia de desigualdades naturales, sociales y económicas, los distintos ordenamientos jurídicos diseñaron medidas estatales para limitar la libertad de decisión pública y privada y hacer exigible el trato favorable para quienes se encuentran en situación de discriminación. Así, como respuesta jurídica a una situación fáctica consolidada de discriminación que obedece a una práctica social, cultural o económica de un grupo, se diseñaron las denominadas acciones afirmativas. Las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es

conseguir una sociedad más equitativa y justa.

#### ACCIONES AFIRMATIVAS-Requisitos de constitucionalidad

Esta Corporación ha señalado que una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades, ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos.

#### ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-Selección objetiva

Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución).

#### ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA-Inclusión de medidas de acciones afirmativas en procesos de selección y adjudicación de contratos estatales

La Corte encuentra que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación

del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no sólo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación.

Referencia: expediente D-6794

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 24, 29 y 30 (parciales) de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Actor: Leonardo Enrique Carvajalino Rodríguez

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil -quien la preside-, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Leonardo Enrique

Carvajalino Rodríguez, demandó los artículos 24, numeral 5, literal b; 29 (parcial) y 30, párrafo, de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Mediante auto del 11 de mayo de 2007, el Magistrado Ponente resolvió, de una parte, rechazar la demanda en cuanto a la violación del derecho a la igualdad de la expresión “los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia”, contenida en el artículo 29, inciso 3º, de la Ley 80 de 1993, por cuanto existe cosa juzgada constitucional y, de otra parte, admitir la demanda de la referencia en lo demás, ordenar la fijación en lista, el traslado al Procurador, comunicar el proceso al Congreso de la República, a la Presidencia de la República y al Ministerio de Justicia y del Derecho.

#### 1. Normas demandadas

A continuación se transcriben los apartes impugnados:

“Ley 80 de 1993

(octubre 28)

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

(...)

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

En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

(...)

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

b) Se definirán reglas objetivas, justas, 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.

(...)

Artículo 29. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización

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

(...)

Parágrafo. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”

## 2. La demanda

Según criterio del demandante, las disposiciones acusadas violan los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución, por las siguientes razones:

En primer lugar, la demanda precisa que, en su concepto, lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-400 de 1999 no constituye cosa juzgada constitucional porque, en esa oportunidad, esta Corporación declaró exequible el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 en consideración con el cargo formulado por violación del primer inciso del artículo 13 superior, mientras que en el presente asunto se discute la inconstitucionalidad de esa norma derivada del incumplimiento del Estado de establecer acciones afirmativas en la contratación administrativa que beneficie a los grupos discriminados o marginados.

Después de precisar el concepto de acciones afirmativas y de referirse a éstas como mecanismos obligatorios para que la administración haga efectiva la igualdad real y material en el Estado Social de Derecho, la demanda concluyó que el legislador debe aplicar esos privilegios también a la contratación estatal, pues debe entenderse que el contrato público es un instrumento para luchar contra la desigualdad.

De esta forma, el actor manifestó que si, como señalan las normas acusadas, sólo se selecciona al aspirante más favorable a la entidad pública, a la oferta que garantice la idoneidad para el cumplimiento del objeto contrato y a la persona que mayor experiencia, organización, equipos y ventajas comparativas ofrezca respecto de otras ofertas del mercado, es lógico que cada vez se forma una brecha más grande entre quienes tienen los recursos económicos y quienes no lo tienen, por lo que la ley “no otorga la posibilidad de insertar cláusulas de acción afirmativa en los pliegos de condiciones o términos de referencia, (lo cual se debería hacer con el fin de lograr una igualdad real y material entre los diferentes proponentes), por lo que la norma es inconstitucional”

En cuanto a los criterios de selección objetiva e igualdad de oportunidades como principios de transparencia en la contratación, el demandante dijo que son entendidos como “un sinónimo de igualdad formal”, en tanto que otorga los mismos derechos a los participantes sin tener en cuenta que, mediante la contratación pública, el Estado puede privilegiar a quienes se encuentren en situación de debilidad manifiesta o en circunstancias de discriminación. Así, el demandante considera que “las primeras personas que deben tener

posibilidades para actuar como colaboradores del Estado son las personas que se encuentran en situación de marginalidad o discriminación, ya que son precisamente ellos, los que por su situación no pueden acceder al ingreso, a la renta y el trabajo en el libre mercado”. Por estas razones, concluye que desconocer la posibilidad de introducir acciones afirmativas en los pliegos de condición o términos de referencia, es contrario al principio de igualdad material consagrado en la Constitución.

### 3.1. Ministerio del Interior y de Justicia

Dentro de la oportunidad legal prevista, mediante apoderado, el Ministerio de la referencia intervino en el presente asunto para, en primer lugar, solicitar la inhibición de la Corte y, en segundo lugar, justificar la constitucionalidad de las normas acusadas. Las razones que sustentan sus conclusiones son, en resumen, las siguientes:

La supuesta inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas no se deriva de su texto normativo sino de la interpretación que de ellas hace el demandante, por el cargo por violación del derecho a la igualdad no debe ser tenido en cuenta. Además, considera que el impedimento de aplicar acciones afirmativas en la contratación administrativa no puede ser tenido como un cargo de inconstitucionalidad, pues el actor se limita a realizar esa afirmación y olvida que, tal y como lo dijo la Corte Constitucional en sentencias C-357 de 1997 y C-776 de 2006, apartes de las cuales transcribe, el juicio de constitucionalidad implica una confrontación en abstracto de normas legales y constitucionales y no una mera descripción del “deseo o la concepción acerca de lo que debería haber establecido el legislador”. Por consiguiente, solicita que la Corte se declare inhibida para conocer el asunto, por ausencia de cargos.

No obstante lo anterior, el interviniente dice que si la Corte decide entrar a conocer de fondo el asunto de la referencia, de todas maneras debe declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, por cuanto éstas lejos de violar la Constitución desarrollan los principios de moralidad, transparencia e igualdad de oportunidades de la administración pública. En efecto, a su juicio, el sistema de licitación pública o de libre competencia de los contratistas asegura la participación democrática de los participantes, la selección objetiva, sin favoritismos ni privilegios para algunos oferentes y la seriedad de quien tendrá a su cargo el cumplimiento de los fines de la contratación estatal que se concretan en la defensa del

interés público.

En especial respecto de la aplicación del principio de igualdad en los procesos contractuales y la libertad del legislador en la configuración de la contratación estatal, el interviniente recordó algunos apartes de las sentencias C-400 de 1999 y C-949 de 2001, en las que la Corte Constitucional concluyó que la desigualdad de trato en el proceso de contratación no viola la Constitución, pues este principio constitucional “se traduce en el derecho que tienen todas las personas a que no se consagren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se infiere que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos”. De esta forma, el interviniente concluyó que las normas acusadas buscan conciliar la tensión existente entre, de un lado, el deber de asegurar la igualdad de oportunidades entre los particulares para contratar con el Estado y, de otro, el deber del Estado de obtener las condiciones más favorables y provechosas para el interés público.

### 3.2. Departamento Nacional de Planeación

Mediante apoderado, el Departamento Nacional de Planeación intervino oportunamente en el presente asunto para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, con base en los argumentos que se resumen así:

En primer lugar, el interviniente adelantó un recorrido por la jurisprudencia de esta Corporación respecto del concepto y alcance de las acciones afirmativas para concluir que, esas “conductas activas del Estado, de tipo diferencial no discriminatorio, que propenden por la igualdad material entre los asociados”, permean todas las actuaciones del Estado y resultan ajustadas a la Constitución si se cumplen 3 requisitos: i) la concurrencia efectiva de prácticas discriminatorias, ii) si la diferencia de trato establecida con la acción afirmativa es razonable y proporcional y, iii) que sea temporal.

De otra parte, el interviniente recordó que si bien es cierto la sentencia T-724 de 2003 dijo que la Ley 80 de 1993 no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Carta en relación con la consagración de acciones afirmativas en la contratación estatal, no lo es menos que esa afirmación no conduce necesariamente a la declaratoria de inexecutable de la ley, puesto que, a su juicio, esa normativa no coarta la posibilidad de adoptar acciones

afirmativas. En efecto, según criterio del interviniente, el hecho de que la ley no se refiera en forma concreta a las acciones afirmativas en la contratación pública no significa que estuvieren prohibidas o que se impidan, pues simplemente su aplicación práctica estaría condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Constitucional para consagrar una acción afirmativa en cada caso particular.

El principio de igualdad material en el proceso de selección objetiva del contratista se encuentra garantizado si se interpreta la Ley 80 de 1993 en forma sistemática, pues la lectura aislada de las normas acusadas no se ajusta al verdadero sentido y la finalidad de esa regulación. Así, el análisis integral de los artículos 3º, 23 y 287 de la Ley 80 de 1993, muestra que el legislador impone al operador jurídico el deber de aplicar el principio de igualdad “en toda su extensión”, por lo que no podría declararse la inexecutable de unas disposiciones que, si bien no lo autorizan expresamente, tampoco prohíben la adopción de medidas de discriminación positiva a favor de grupos marginados y, por el contrario, exigen la aplicación del principio de igualdad en todas sus facetas. De todas maneras, dijo que en nuestra legislación existen ejemplos claros de aplicación de medidas afirmativas en la contratación pública, para lo cual se refirió a los artículos 26, 27 y 30 de la Ley 361 de 1991, que consagran tratos preferentes a las personas con limitación física cuando aspiran a vincularse laboralmente o a vender productos, bienes y servicios con el Estado.

Finalmente, el interviniente resaltó la necesidad de analizar con serenidad y objetividad el tema de las acciones afirmativas en la contratación pública, puesto que su aplicación generalizada podría poner en riesgo el interés y los recursos públicos, como quiera que “el Estado debe precaver que quienes lo auxilien en la prestación de un servicio o en la ejecución de una obra, sean personas idóneas, puesto que en estos aspectos el Estado, como administrador de los recursos de todos los ciudadanos, debe obrar dentro de los lineamientos que le señale el artículo 209 de la Constitución Política”

### 3.3. Alcaldía Mayor de Bogotá

Dentro de la oportunidad legal prevista, la Directora Jurídica del Distrito Capital intervino en el presente asunto para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Las razones que apoyan su conclusión son, en resumen, las siguientes:

Contrario a lo sostenido por el demandante, el interviniente considera que a pesar de que no

existe norma expresa existen acciones afirmativas en la contratación, pues tanto las que denomina “de desempate”, (aquellas que adopta una entidad como criterios de desempate entre proponentes), como las “de acceso” (medidas que se establecen para el acceso a los procesos contractuales), pueden ser incluidas en los términos de referencia y, en general, a lo largo del proceso de contratación, de ahí que el supuesto en que se funda el cargo es equivocado. De hecho, varias normas complementarias a la Ley 80 de 1993 consagran acciones afirmativas, tales como el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 que señaló el trato favorable para que las micro, medianas y pequeñas empresas accedan a la contratación administrativa. En igual sentido, el artículo 1º de la Ley 816 de 2003 impone obligaciones al Distrito Capital en relación con el apoyo de la industria nacional en los procesos de contratación pública y el Decreto 777 de 1992 aclara las reglas para contratar con las entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas de interés público.

Además de lo anterior, la interviniente sostiene que, en desarrollo de la autonomía que poseen las entidades estatales al momento de contratar a que hacen referencia los artículos 110 del Decreto 222 de 1996 y 24, numeral 5º, de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas pueden introducir acciones afirmativas en los términos de referencia, pues la normatividad aplicable no lo prohíbe. En tal virtud, el hecho de que las normas acusadas no incluyan acciones afirmativas no es suficiente razón para entender que la ley contradice el principio de igualdad, pues la aplicación preferente de las cláusulas del Estado Social de Derecho y de los fines esenciales del Estado imponen a las autoridades públicas el deber de hacer efectiva la igualdad de trato jurídico y de establecer medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

#### 3.4. Intervención ciudadana

Dentro del término de fijación en lista, la ciudadana Angélica Cristina Mora Suárez intervino en el presente asunto para coadyuvar la demanda y solicitar la declaratoria de inexequibilidad de las normas acusadas. Los planteamientos en que se apoya se sintetizan de la siguiente manera:

La ciudadana recordó que la obligación del Estado de adoptar medidas afirmativas para lograr la igualdad real de todas las personas surge de los artículos 1º, 13 y 25 de la Constitución, según los cuales en el Estado Social de Derecho, la dignidad humana, el trabajo

y la igualdad son principios fundamentales que rigen la actuación de las autoridades públicas. Por estas razones, en sentencia T-724 de 2003, la Corte Constitucional entendió que el legislador debe establecer medidas de discriminación positiva en la contratación estatal, pues de esa manera se logra materializar la igualdad real y reducir las desigualdades existentes.

Ahora bien, como uno de los mecanismos de que dispone el Estado para lograr sus fines y cumplir con sus obligaciones es la contratación pública, es evidente que en ese escenario deben existir instrumentos de trato preferente para los grupos discriminados y marginados. Así, “los artículos de la ley 80 de 1993 impugnados devienen inconstitucionales toda vez que no le permiten a la administración incluir en las diferentes etapas del proceso contractual, elementos y acciones tendientes a estimular la participación de los sectores minoritarios y discriminados de la población”.

#### 4. Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, intervino dentro de la oportunidad legal prevista, con el fin de solicitar que la Corte se declare inhibida para conocer de la demanda de la referencia, por carencia actual de objeto. En caso de que la Corte decida conocer de fondo el asunto planteado, solicitó que la Corte ordene estarse a lo decidido en la sentencia C-400 de 1999, declarando exequibles las normas acusadas. Y, de todas maneras, si la Sala considera que no existe cosa juzgada material solicita declarar exequibles las disposiciones impugnadas, únicamente por el cargo formulado. Para sustentar sus conclusiones, en resumen, el Ministerio Público dijo:

En primer lugar, la Procuraduría aclaró que, al momento de proferirse la presente decisión, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 debería haberse derogado porque el proyecto de ley que lo modifica se encuentra en trámite de sanción. Por esa razón, la Corte debe declararse inhibida para conocer el contenido de esa disposición. No obstante lo anterior, dice el Procurador, si la Corte decide pronunciarse de fondo respecto de esa disposición, debe tener en cuenta que la sentencia C-400 de 1999 resolvió un problema de discriminación similar al que ahora plantea la demanda, por lo que, en aplicación de la tesis de la cosa juzgada material, la Corte deberá estarse a lo resuelto en esa oportunidad. En efecto, en dicha sentencia, esta Corporación advirtió que no se vulnera el derecho a la igualdad en tanto que la contratación

administrativa es un mecanismo mediante el cual el Estado cumple con sus fines consistentes en la obtención del interés general, por lo que no debe depositarse la tarea del cumplimiento de la tarea pública de suprimir las discriminaciones existentes al contrato público.

De otra parte, el Procurador analizó el concepto y finalidad de las acciones afirmativas para concluir que las medidas de discriminación positiva “en temas económicos deben ser consagradas directamente en la ley y no como un asunto potestativo de la administración en cada proceso contractual, para preservar la igualdad y la seguridad jurídica en las actividades económicas frente a tratos discriminatorios que pudieran darse en el ejercicio de la potestad pretendida por el demandante”.

Finalmente, el Ministerio Público recordó que el estatuto contractual contempla acciones afirmativas específicas para apoyar a la industria nacional frente a la oferta extranjera en materia de la contratación pública (artículos 1º a 4º de la Ley 816 de 2003); o la preferencia de ofertas de origen nacional respecto de las presentadas por extranjeros (artículos 21, 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993); o para la promoción del desarrollo regional mediante el fomento de la participación, en la ejecución contractual en dicho nivel de contratistas y mano de obra departamental o local y de las pequeñas y mediana empresas (artículo 12 del proyecto de ley en curso que modifica la Ley 80 de 1993). Por consiguiente, en esos casos, en los que la ley directamente define los parámetros contractuales para aplicar las acciones afirmativas, es válido el trato preferente en la contratación estatal, más no lo sería en aquellos casos en los que la ley no los señala en forma expresa.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 24, numeral 5, literal b; 29 (parcial) y 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de disposiciones que hacen parte de una ley.

Problemas jurídicos

A su turno, los intervinientes y el Ministerio Público coinciden en afirmar que las normas acusadas se ajustan a la Constitución, como quiera que el hecho de que la ley no señale en forma expresa la consagración de medidas de acción afirmativa no significa que se encuentren prohibidas en el ordenamiento jurídico, simplemente se limitan a señalar criterios objetivos para la selección transparente de los contratistas con el Estado. Adicionalmente, el Ministerio Público sostiene que, en primer lugar, la Sala debe analizar si se presenta derogatoria expresa de las normas acusadas porque existe un proyecto de ley que, al momento de presentar su concepto, se encontraba en trámite de sanción presidencial, que modificaba las normas acusadas, puesto que, en caso de que el cuestionamiento sea acertado, la Corte debería declararse inhibida para conocer el asunto de fondo por carencia actual de objeto. De igual forma, la Procuraduría dijo que, el cargo de violación del principio de igualdad contra el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, debe desecharse porque, mediante sentencia C-400 de 1999, la Corte Constitucional ya resolvió un problema jurídico bastante similar al que ahora nuevamente ocupa la atención de esta Sala. Por esta razón, solicita que la Corte se este a lo resuelto en la citada providencia.

3. En consecuencia, corresponde a la Sala resolver si la selección objetiva de contratistas del Estado, teniendo en cuenta como factores y reglas de escogencia las ventajas y privilegios económicos y financieros a que hacen referencia las normas acusadas, viola el principio de igualdad, porque no le permiten a la administración adoptar medidas de acción afirmativa a favor de los grupos marginados o discriminados de la sociedad. No obstante, en razón a que existen argumentos dirigidos a cuestionar la improcedencia del examen de fondo de las normas acusadas, en primer lugar, la Corte debe analizar si existe carencia actual de objeto por derogatoria expresa de las normas acusadas. En caso de ser negativa la respuesta al anterior cuestionamiento, en segundo lugar, la Sala deberá estudiar si existe cosa juzgada en relación con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, para que si eso no es acertado, se entre a resolver el problema jurídico de fondo planteado en la demanda.

La producción de efectos jurídicos de las normas acusadas autoriza su análisis de fondo

4. La jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo invariablemente<sup>1</sup> que para que una demanda de inconstitucionalidad pueda ser analizada es necesario que, además de cumplir con los requisitos de procedencia formal señalados en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, se dirija a discutir la constitucionalidad de una disposición que existe en el

ordenamiento jurídico y que se encuentra produciendo efectos jurídicos en el momento en que se profiere la sentencia. Entonces, esta Corporación sólo puede pronunciarse respecto de la constitucionalidad de una disposición si ésta produce efectos jurídicos, pues la naturaleza misma del control de constitucionalidad abstracto supone la comparación entre dos disposiciones con eficacia normativa para que, en caso de que la ley resulte disconforme con la Constitución, sea retirada del ordenamiento jurídico con efecto inmediato, definitivo y erga omnes.

En tal virtud, si en ejercicio de su libertad de configuración normativa el legislador ha decidido retirar del sistema jurídico la disposición cuya validez se demanda, no tiene sentido que la Corte Constitucional emita pronunciamiento porque ya no existe objeto jurídico sobre el cual deba decidir. De este modo, en caso de duda sobre la vigencia de la norma acusada, lo primero que la Corte debe determinar es si aquella esta produciendo efectos jurídicos, pues en caso de que esa cuestión sea afirmativa la Corte debe declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo.

5. En esta oportunidad se impugnan los artículos 24, numeral 5º, literal b; 29 (parcial) y 30, párrafo, de la Ley 80 de 1993.

En cuanto al numeral 5º, literal b, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se tiene que el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó de manera expresa el vocablo “concurso” contenido en la parte final de esa disposición, pero el resto de la norma se mantuvo idéntica. A su turno, el artículo 29 de esa misma ley, fue derogado expresamente y en su integridad por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Y, en el párrafo del artículo 30 del Estatuto de la Contratación Administrativa, fueron expresamente derogadas las expresiones “Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”, también por disposición del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

6. No obstante lo anterior, el artículo 33 de la Ley 1150 de 2007 señala que esa ley, salvo su artículo 6º, empieza a regir 6 meses después de su publicación, la cual se realizó en el Diario Oficial número 46.691 de 16 de julio de 2007. Luego, es evidente que las reformas introducidas al Estatuto de la Contratación Estatal solamente entrarán a regir el 16 de enero de 2008, por lo que a la fecha de esta sentencia aún se encuentran vigentes.

Así las cosas, la Corte concluye que debe conocer de fondo la demanda de la referencia porque en el momento en que se profiere este fallo, las normas acusadas se encuentran produciendo efectos jurídicos.

Diferencia en el caso objeto de análisis entre la cosa juzgada material y la reiteración de jurisprudencia constitucional

7. El Procurador sostiene que la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-400 de 1999, por cuanto en esa oportunidad resolvió “un problema de desigualdad por discriminación similar al planteado en la presente demanda”. Por lo tanto, la Sala procede a analizar ese planteamiento.

Tal y como se deduce fácilmente de lo preceptuado en el artículo 243 de la Constitución, la cosa juzgada constitucional se predica tanto del texto normativo formal que ha sido objeto de pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación, como de su contenido normativo, todo lo cual conlleva efectos definitivos, inmutables y vinculantes que impiden reabrir el debate judicial o la nueva discusión de constitucionalidad respecto de la norma que fue objeto de decisión previa. En tal virtud, ni la Corte Constitucional ni ninguna otra autoridad pueden juzgar nuevamente, y por los mismos motivos, aquellas expresiones que fueron objeto de pronunciamiento definitivo de esta Corporación que tiene fuerza vinculante erga omnes, certeza y seguridad jurídica.

Lo anterior evidencia que la cosa juzgada constitucional ampara el contenido material de la norma analizada, pues se predica de la disposición normativa que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, puesto que, como lo ha advertido reiteradamente esta Corporación, “la reproducción integral de la norma, e incluso, la simple variación del giro gramatical o la mera inclusión de un elemento normativo accesorio por parte de legislador, no afecta el sentido esencial de la disposición”. Entonces, como consecuencia de esa vinculación material de la sentencia de constitucionalidad, mientras se conserven los mismos supuestos económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulta sostenible, a la luz de la Constitución, un nuevo pronunciamiento respecto de la norma cuya constitucionalidad se ha definido en el correspondiente proceso judicial.

8. Cosa distinta es el tema de la reiteración de jurisprudencia constitucional, según la cual,

en aplicación de los principios de igualdad de trato jurídico, supremacía constitucional, seguridad jurídica y confianza legítima, esta Corporación ha señalado que los jueces tienen el deber de motivar y fundamentar las conclusiones a las que llegan al resolver los asuntos concretos, teniendo en cuenta las reglas fijadas en los casos fallados y que surgen de la interpretación de la Constitución. Así, a todos los jueces, incluyendo a la propia Corte Constitucional, corresponde identificar la *ratio decidendi* o aquella parte de las sentencias que constituye la razón de decisiones anteriores consolidadas y uniformes, para justificar la decisión; de tal forma que puede reproducir los argumentos precedentes y, reitera jurisprudencia, o justifica con argumentos serios, claros y suficientes su separación del precedente para adoptar una decisión distinta a la fallada con anterioridad.

Entonces, es claro que, como lo ha advertido esta Corporación, “la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede consolidarse “en una oportunidad posterior”, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos”<sup>2</sup>. Por ello, “son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”<sup>3</sup>

9. En tal virtud, mientras la *ratio decidendi*, que “adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho”<sup>4</sup>, se refiere a los motivos o fundamentos jurídicos con base en los cuales un juez resuelve un asunto concreto, la cosa juzgada constitucional se predica del texto normativo o del contenido jurídico que ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional. Luego, a pesar de que el juez se encuentra vinculado tanto por el precedente jurisprudencial como por la cosa juzgada constitucional, lo cierto es que son dos conceptos distintos que resultan obligatorios en dos dimensiones diferentes. En efecto, aunque es cierto que un juez puede separarse del precedente jurisprudencial o reiterar jurisprudencia, en consideración con la autonomía judicial y la seriedad de su argumentación, también es cierto que no puede volver a estudiar el mismo asunto definido y fallado con anterioridad porque respecto de él, el ordenamiento jurídico ha dispuesto la cosa juzgada constitucional como una garantía de

inmutabilidad y definición pacífica y última de la controversia jurídica.

En relación con la diferencia entre los conceptos de cosa juzgada material y reiteración de jurisprudencia, esta Corporación dijo, en anterior oportunidad, lo siguiente:

“El fenómeno de la cosa juzgada material opera, así, respecto de los contenidos específicos de una norma jurídica, y no respecto de la semejanza del problema jurídico planteado en la demanda con el ya decidido en un fallo anterior. Por eso, la Corte ha dicho que la cosa juzgada material “tiene lugar cuando la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto, de acuerdo con el artículo 243 de la Carta Política”. Solamente a partir de un ejercicio hermenéutico se podrá precisar cuál fue el “contenido material” que ha sido declarado inexecutable por ciertas “razones de fondo”, y que sin embargo, es reproducido por un “acto jurídico” del legislador, a pesar de que subsisten las disposiciones constitucionales que sirvieron de referencia en el juicio previo de la Corte. Además de la existencia de dos disposiciones con contenidos normativos idénticos, es importante que su significado no varíe dado el contexto en que tales disposiciones se aplican y surten efectos<sup>5</sup>”

Con base en la breve explicación adelantada, la Sala procede a analizar si, como sostiene el Procurador, la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-400 de 1999, porque analizó, respecto de otras normas acusadas, el mismo problema jurídico que ahora se somete a su consideración.

“Declarar EXEQUIBLES las siguientes expresiones contenidas en los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993:

- a. La expresión “la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público”, contenida en el numeral 1° del artículo 24.
- b. La expresión “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas”, contenida en el numeral 1° del artículo 25.
- c. La expresión “relativas a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas”, contenida en el artículo 28, y

d. La expresión “los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia”, contenida en el inciso 3° del artículo 29”

El problema jurídico planteado en la demanda fue descrito en la sentencia C-400 de 1999, así:

“la demanda aduce que las normas impugnadas son contrarias a la Constitución, en especial al principio de igualdad que ella consagra, por cuanto al determinar que en la contratación estatal la escogencia del contratista se debe llevar a cabo por el procedimiento de licitación o concurso público, teniendo en cuenta, entre otros factores, la experiencia, organización, capacidad económica y cumplimiento del oferente, se permite un sistema de selección que no resulta objetivo sino subjetivo y que, por lo tanto, es contrario a la dignidad humana, pues de antemano establece que sólo unos pocos, los aptos, pueden ser objeto de escogencia, al paso que los demás no tienen realmente esta posibilidad. La filosofía del registro único de proponentes es crear los criterios objetivos y claros de calificación de los posibles contratistas, de modo que luego, en el proceso de licitación o concurso público, lo único que debiera calificarse es la oferta, mas no el oferente, pues al hacer esta última calificación es donde se incurre en subjetivismos contrarios a la igualdad de oportunidades ante la ley que consagra la Constitución y a la presunción de inocencia que igualmente es de rango superior”

Para resolver el problema jurídico, en primer lugar, esta Corporación precisó que “la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental; así las cosas, desde este punto de vista, tal normatividad, contenida parcialmente en las normas demandadas, no sólo se ajusta a la Constitución, sino que es su natural y obvio desarrollo”. Y, específicamente, respecto del cargo, la sentencia declaró la exequibilidad de las normas acusadas porque concluyó que:

“la selección que no tuviera en cuenta tales circunstancias [la experiencia, la organización,

los equipos etc], no resultaría suficientemente garantista del interés general, y podría, incluso, clasificarse de negligente. Y por otro lado ve también que las circunstancias anotadas, cuando llevan a la selección, no la hacen subjetiva o discriminatoria, y ello por cuanto de conformidad con lo reiteradamente afirmado por la jurisprudencia constitucional, la igualdad no consiste necesariamente en dar un trato idéntico a todos los individuos. En efecto, esta Corte en muchas oportunidades ha hecho ver que un trato desigual está muchas veces constitucionalmente legitimado...

En el caso de la selección de los oferentes para la contratación administrativa, el trato diferente consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes, está plenamente justificado por cuanto: a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es la garantía de la prevalencia del interés general.

Nótese que a pesar de que la sentencia precedente estudió un problema jurídico similar al que ahora ocupa la atención de la Sala (violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 superior), lo cierto es que no existe coincidencia formal ni material entre las disposiciones amparadas por la cosa juzgada constitucional y las que ahora se reprochan. En efecto, la sentencia C-400 de 1999 se pronunció respecto del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en esta oportunidad se impugna el numeral 5º, literal b, de ese mismo artículo. La sentencia precedente no analizó la constitucionalidad del párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual se demanda en esta oportunidad. Y, en relación con la expresión “los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia”, contenida en el inciso 3º del artículo 29, que fue declarada exequible en la sentencia C-400 de 1999, en su momento procesal, el Magistrado Ponente rechazó la demanda por existir cosa juzgada constitucional. De ahí que, respecto de las demás expresiones acusadas que están contenidas en ese mismo artículo procede el estudio de fondo porque no existe pronunciamiento de constitucionalidad por parte de esta Corporación.

Pero además de que las normas ahora demandadas y las analizadas por la Corte en la sentencia C-400 de 1999 son formalmente distintas, también lo son materialmente, pues mientras que la expresión contenida en el artículo 24 del Estatuto de la Contratación que amparada por la cosa juzgada constitucional se refiere a la escogencia de los contratistas mediante el sistema de la licitación o concurso público, en esta oportunidad se impugnan las normas referidas a los criterios de selección objetiva del contratista para evitar la declaratoria de desierto del concurso. Igualmente, en relación con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 se tiene que, la sentencia precedente se limitó a analizar si los factores de escogencia señalados en la ley se ajustan al principio de igualdad, en esta oportunidad se formula el mismo reproche constitucional respecto de el concepto mismo de selección objetiva del contratista.

Con base en todo lo expuesto, la Sala concluye que, respecto de las normas cuya demanda fue admitida, esta Sala debe pronunciarse de fondo porque si bien es cierto podría tratarse de un caso de reiteración de jurisprudencia, no existe cosa juzgada constitucional.

#### Finalidad de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho

11. Como punto de partida del análisis de si los criterios de selección objetiva del contratista, fundamentados en el “ofrecimiento más favorable a la entidad”, la “oferta más favorable” para el Estado y la propuesta “más ventajosa” para la administración, expresiones contenidas en las normas demandadas, son contrarios a los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución, como lo afirma el demandante, la Corte debe averiguar cuál es el fin de la contratación pública en el contexto del Estado Social de Derecho. Procede, pues la Sala a estudiar ese tópico.

Como bien lo describe la doctrina especializada, 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.

12. La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. Así, la construcción de la teoría jurídica *ius publicista* para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes.

A partir de la teoría denominada “de la sustantividad del contrato administrativo”<sup>6</sup>, según la cual es indispensable un régimen jurídico propio para los contratos públicos, dadas las peculiaridades y la especialidad de ese negocio jurídico, la posición mayoritaria adoptada por las legislaciones y la doctrina administrativista es clara en sostener que la finalidad pública del contrato estatal es el factor primordial y decisivo a la hora de definir la naturaleza de la negociación con particulares. De igual forma, el aporte de la teoría de los servicios públicos<sup>7</sup> para el derecho administrativo contemporáneo puso en el punto crucial la individualidad del contrato estatal porque se consideró indispensable encontrar un régimen jurídico que soporte el interés público como fundamento esencial del acuerdo de voluntades con los particulares y no únicamente el interés particular que representa la negociación privada, por lo que el contratista no sólo se vincularía al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, sino y, en especial, a la concreción del interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, asunto que se impone al contratista, con los poderes especiales y exorbitantes del Estado, de tal forma que el particular queda vinculado al cumplimiento de los fines del Estado.

Así pues, la singularidad del contrato público se explica por el hecho de que, a diferencia de la contratación entre particulares, existe una evidente desigualdad entre las partes, en la medida en que el Estado representa el interés general y la otra exhibe el interés propio que debe ceder respecto de la finalidad social que representa la realización de la tarea

contratada. De esta forma, como advertía Riveró “el único propósito que debe mover a la administración en cualquier actuación es el de satisfacer el interés público”, para lo cual el Estado “pone en marcha un cierto número de prerrogativas vinculadas a la primacía del interés general del cual tiene la guarda”<sup>8</sup>. Igualmente, en anterior oportunidad, la Corte dijo:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”<sup>9</sup>.

En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron. Por ejemplo, la celebración del contrato con abuso o desviación de poder es una causal de nulidad absoluta del negocio jurídico público (artículo 44.3 de la Ley 80 de 1993) y la celebración del mismo en provecho particular, ya sea propio o de terceros, puede tipificar la conducta penalmente reprochable de indebida celebración de contratos (artículo 409 del Código Penal).

Luego, es evidente que la diferencia entre el contratante público y el privado no se presenta a partir de la expresión de la voluntad de las partes sino en el interés que persigue cada una de las voluntades, puesto que el contratista persigue la satisfacción de su propio interés y la administración la satisfacción del interés público o general; de ahí que resulta acorde con la

naturaleza misma del contrato público que el legislador exija como criterio de selección del contratista la mejor propuesta, el ofrecimiento más ventajoso y la propuesta que resulta más acorde al interés general. De hecho, al respecto esta Corporación ya había señalado que:

“Para garantizar la defensa del interés público con la transparencia y moralidad en la contratación administrativa, la ley impone la selección objetiva de los contratistas privados, con la cual se pretende proteger la igualdad de oportunidades entre los particulares y la obtención de la administración de las condiciones más ventajosas para el interés público. La selección del contratista fundada en criterios de favorabilidad para la administración busca conciliar, de un lado, el deber de los servidores públicos de actuar de acuerdo con el interés general, de manera transparente y moral y, de otro, el deber de garantizar a los contratistas igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública”<sup>10</sup>.

13. No obstante lo anterior, como bien lo advierte la doctrina especializada<sup>11</sup>, el hecho de que el contrato estatal tenga como finalidad la defensa del interés general no significa que resulte ajeno a él o prohibido constitucionalmente que se diseñen formas jurídicas para defender intereses concretos. De hecho, a pesar de que es cierto que la generalidad de los contratos administrativos se realiza para satisfacer intereses difusos o colectivos y no para satisfacer el interés privado (concesión, obra pública, encargos fiduciarios), también lo es que excepcionalmente puede contratarse para hacer efectivos intereses privados (concesión de uso de dominio público) o para concretar beneficios grupales como parte del deber del Estado de salvaguardar los intereses de los sujetos de especial protección superior. Esos casos excepcionales no le quitan el carácter de derecho público ni desnaturaliza el interés que subyace al contrato estatal.

En efecto, si como se dijo en precedencia el contrato público pretende la efectividad del interés general que representa el cumplimiento de los fines del Estado, es imposible olvidar que, al tenor de lo dispuesto en el Preámbulo de la Carta, es un fin del Estado asegurar a los integrantes el trabajo, la igualdad, la vigencia del orden económico y social justo. De igual manera, los artículos 1º y 2º superiores dejan en claro que la materialización de las funciones del Estado deben dirigirse a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5º de la Carta, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona. De esta forma, la filosofía

humanista de la Constitución que concibe al Estado como un mecanismo para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, se desarrolla en el artículo 3º de la Ley 80 de 1003, que señala como fines de la contratación pública: “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”

En consecuencia, es válido afirmar que una forma de concretar el interés general que debe regir la contratación administrativa puede dirigirse a hacer efectivos los derechos de un grupo preciso de personas que requiere de la especial atención del Estado. Dicho de otro modo, es válido constitucionalmente, porque hace parte del interés general, que se diseñen medidas en la contratación administrativa dirigidas a proteger de manera específica a un grupo determinado de la población que puede acceder al Estado en igualdad de condiciones y oportunidades respecto del mismo grupo, en tanto que esa decisión puede constituir una forma de consolidar los fines del Estado y el cumplimiento de las tareas a él asignadas. De ahí que pueda afirmarse con claridad que constituye un objetivo de la contratación administrativa en el Estado Social de Derecho la satisfacción de las finalidades públicas y el logro de los objetivos sociales, así estos se dirijan a un grupo individual de personas, que corresponde concretar al legislador.

14. Concluido, entonces, que en la búsqueda de la materialización del interés general en la contratación administrativa, que representa el cumplimiento de las obligaciones y deberes a cargo del Estado, el legislador puede destinar su atención a la efectividad de los derechos individuales de algunos grupos sociales, la Sala ahora analizará si desde la perspectiva constitucional el legislador está obligado a adoptar medidas de discriminación positiva en la contratación estatal.

#### Acciones afirmativas en la contratación estatal

15. El cambio de concepción de la igualdad formal a la igualdad material, propio del Estado Social de Derecho, según el cual las autoridades públicas no sólo protege el derecho mediante la abstención sino también y, en algunas oportunidades en forma obligatoria, mediante la intervención activa en esferas específicas, generó decisiones públicas proteccionistas de grupos de personas que han sido tradicionalmente marginados o

discriminados por razones diversas. En tal virtud, la aplicación efectiva y real del principio de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo exige del Estado su intervención, de un lado, para evitar que los agentes públicos y los particulares discriminen y, de otro, para hacer exigibles tratos favorables en beneficio de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución).

Precisamente, en desarrollo del concepto de igualdad material y del reconocimiento que el derecho hace de la existencia de desigualdades naturales, sociales y económicas, los distintos ordenamientos jurídicos diseñaron medidas estatales para limitar la libertad de decisión pública y privada y hacer exigible el trato favorable para quienes se encuentran en situación de discriminación. Así, como respuesta jurídica a una situación fáctica consolidada de discriminación que obedece a una práctica social, cultural o económica de un grupo, se diseñaron las denominadas acciones afirmativas.

16. En efecto, las denominadas medidas de discriminación inversa en Estados Unidos, o acción positiva o de discriminación positiva en Europa, surgen en la normativa y jurisprudencia norteamericana, quienes a principios del siglo XX diseñaron fórmulas para combatir la marginación social y económica de los negros, otorgando medidas de protección en el empleo y la educación a su favor, pues reconoce que ese grupo ha sido tradicionalmente discriminado en ese país. Así, en desarrollo de las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta de la Constitución de 1776 y, principalmente, de la denominada Cláusula de Igual Protección (equal protection clause), se introdujeron medidas que consagran tratos diferenciales para favorecer a la población negra de ese país, las cuales constituyen fuentes primarias de las acciones afirmativas. Por primera vez en la historia, el Presidente Franklin D. Roosevelt profirió la Directiva Presidencial 8802 que prohibió la práctica social que establecía límites al trabajo de los negros en zonas determinadas. Posteriormente, el Presidente John F. Kennedy, expidió la Directiva Presidencial 10925 para crear el Comité Presidencial para la igualdad de oportunidades en el empleo y exigió incluir en los contratos de entidades federales una cláusula que prohíba la discriminación por raza, credo u origen nacional, pues correspondería al contratista “emprender una acción afirmativa”. El mismo término y el mismo contenido fue reiterado por la Directiva Presidencial número 4 del Presidente Richard Nixon, al crear programas de acciones afirmativas a favor de los negros discriminados en el acceso al trabajo y a la educación. Posteriormente, en el año 1978, la Suprema Corte Federal al resolver el caso *Regent of*

University of California vs Bakke, dijo que los criterios raciales para establecer tratos diferentes para el acceso a las universidades no violan la Constitución, siempre y cuando se dirijan a privilegiar a grupos marginados sin que se determinen cuotas fijas e inamovibles.

De esta forma, es claro que las acciones afirmativas en el derecho norteamericano surgen como medidas diferenciadoras para privilegiar grupos tradicionalmente discriminados, principalmente por razones de raza, lo cual se extendió posteriormente para la protección de la mujer y de los discapacitados.

17. Posteriormente, en Europa se adopta el modelo de intervención directa del Estado mediante la consagración de medidas de trato diferente para favorecer, principalmente, los derechos de la mujer, como grupo tradicionalmente discriminado en esas sociedades. Así, por ejemplo, en los años 1960 a 1970, el Reino Unido adopta las medidas de protección favorable para el acceso de la mujer al empleo denominadas “positive action”. Por su parte, el artículo 117 del Tratado de Roma de 1957, señaló “la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por vía de progreso.” Y, en relación a la igualdad de retribuciones, el artículo 119 de ese mismo estatuto dispuso que “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.”. Y, el artículo 4º de la Convención Europea del 18 de diciembre de 1979, preceptuó:

“1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero en ningún modo entrañará, consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”

En desarrollo de esas disposiciones, el Consejo de las Comunidades Europeas expidió numerosas directivas y resoluciones dirigidas a promover entre los Estados Miembros la adopción de medidas positivas para favorecer los derechos de la mujer en el acceso al empleo y a la educación. Dio inicio a la formulación de recomendaciones al respecto la Directiva 79/7 del 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio

de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, por medio de la cual señaló que “considerando que la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad y que, dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho”. Con posterioridad, la Directiva 19/7 del 19 de diciembre de 1978 del Consejo de Comunidades Europeas señaló que “el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad” (artículo 4.1) y que pueden adoptarse medidas de trato favorable en los siguientes temas:

a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación , y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones ; b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos ; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos ; c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa ; d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez , de vejez , de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo ; e) las consecuencias que resultaren del ejercicio , antes de la adopción de la presente Directiva , de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal (artículo 7.1).

A su turno, en la Directiva 76/207/ del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, el Consejo de las Comunidades Europeas dispuso que esa normativa “no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1” [ese apartado se refiere al empleo, acceso a la promoción y formación profesional de la mujer] (artículo 2.4.)

Con la Resolución del 12 de julio de 1982, el Consejo invitó a los Estados miembros a aplicar las acciones dirigidas a “garantizar una aplicación efectiva del derecho existente en materia de igualdad... tomar las medidas adecuadas encaminadas a fomentar una mejor

participación de las mujeres en los empleos relacionados con la introducción de las nuevas tecnologías dentro de una perspectiva de carácter mixto y a responder a los cambios que éstas ocasionan;- desarrollar e intensificar las acciones concretas en favor del empleo de las mujeres y, en especial, dar apoyo a las iniciativas locales y adoptar las medidas que garanticen la igualdad de acceso de las mujeres a la creación de empresas, en particular de cooperativas, y que protejan a la mujer que ejerce una actividad independiente, inclusive en el sector agrícola”

18. Con fundamento en esas regulaciones, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque había abordado el análisis del derecho a la no discriminación, sólo hasta el caso Kalanke (sentencia del 17 de octubre de 1995) se refirió a la aplicación de las acciones afirmativas como medidas a favor de la mujer por su consideración de grupo tradicionalmente discriminado. En esa ocasión, el señor Kalanke impugnó la ley 4 de 1990, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública que le impedía ascender a Jefe de la Sección de Jardines de la ciudad de Bremen, respecto de una mujer con los mismos méritos, pues el legislador había señalado que “al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas”. El Tribunal concluyó que esa regla se ajustaba a lo dispuesto en las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas porque “es un supuesto de igualación en resultados”.

En este mismo sentido, los Tribunales Constitucionales Europeos han reconocido la importancia de las medidas estatales que diseñan políticas favorables o preferenciales de acceso a recursos o servicios escasos para un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente han sido discriminados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español avaló la constitucionalidad de medidas de discriminación positiva, entre otras, en las sentencias 81 del 21 de diciembre de 1982, 99 del 15 de noviembre de 1983, 10 del 28 de enero de 1985 y 128 del 16 de julio de 1987. En esta última providencia, el Tribunal analizó si la prestación económica otorgada a las mujeres trabajadoras con hijos menores de seis años vulneraba la Constitución española porque discriminaba a los varones que estando en las mismas circunstancias no podían beneficiarse de la prestación. Esa Corporación concluyó que:

6. La situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas en el orden laboral, que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora. Pero en este campo ha de llevarse a cabo, forzosamente, una distinción. Un conjunto, posiblemente el más amplio, de medidas se han adoptado desde una perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral. Partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina...

las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto; así el art. 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que «la adopción por los Estados partes de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato») sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada”.

19. La Corte Constitucional Colombiana, en múltiples oportunidades, ha sostenido que la interpretación sistemática de la Constitución de 1991 permite concluir que las autoridades públicas pueden adoptar medidas para favorecer a un grupo de personas que se encuentran en situación de debilidad producida por desigualdades culturales, históricas, sociales o

económicas<sup>12</sup>. Así, en sentencia precedente dijo que estas medidas son “instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez”<sup>13</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas medidas parten de dos supuestos constitucionales: El primero, de la cláusula social del Estado de Derecho que exige a todas las autoridades garantizar la efectividad de los derechos y deberes de las personas, por lo que resulta obvio que en aquellos casos en los que existen desigualdades natural, social, económica o cultural que no pueden ser superadas por el titular del derecho, corresponde al Estado intervenir para asegurar la eficacia del mismo<sup>14</sup>. El segundo, de la concepción sustancial de la igualdad, según la cual este derecho no sólo se hace efectivo mediante el reconocimiento de privilegios o la imposición de cargas en igualdad de condiciones para todos los administrados, sino también con la consagración de medidas que, primero reconocen la diferencia, y posteriormente buscan equiparar, compensar, remediar o corregir situaciones para que la igualdad entre las personas sea real (artículo 13 de la Carta). De esta forma, las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa.

20. Ahora bien, haciendo un recorrido por la jurisprudencia constitucional puede deducirse que esta Corporación tiene claras las características generales y los requisitos para que las autoridades consagren medidas afirmativas, pues no todas ellas se ajustan a la Carta y más bien pueden constituir evidencias de discriminación que constituye un trato inconstitucional. De hecho, la Corte advirtió que “el que el artículo 13 Superior constituya el fundamento de las acciones afirmativas no significa que toda medida de esta naturaleza sea siempre constitucional, pues en tanto ella crea una situación diferencial, también debe estar sujeta al test de igualdad”<sup>15</sup>.

Así, esta Corporación ha señalado que una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades<sup>16</sup>; ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato

discriminatorio<sup>17</sup>; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley<sup>18</sup> o por actos administrativos<sup>19</sup>, dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios<sup>20</sup>; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas<sup>21</sup>, por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos<sup>22</sup>.

21. Con base en lo anterior, la Sala analizará específicamente si prospera el argumento del demandante y, por consiguiente, si la Corte Constitucional debe declarar la inexecutable de los criterios de selección objetiva de los contratistas por ausencia de medidas de acción afirmativa a favor de sujetos de especial protección constitucional.

Como se vio en precedencia, los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado (artículo 209 de la Constitución), por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución). De hecho, se reitera que la filosofía humanista de la Constitución y la consagración del Estado Social de Derecho, conciben a éste como un instrumento para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, dirigido a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y a garantizar la materialización de los demás fines del Estado (Preámbulo y artículos 1º y 2º de la Carta). De hecho, esa concepción humanista de la Constitución se ve reflejada en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al señalar como fines de la contratación pública; “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y al efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

De hecho, en cuanto a la viabilidad y exigibilidad de las acciones afirmativas en la contratación administrativa, la Sala Primera de Revisión de la Corte concedió la tutela interpuesta por algunos integrantes de la Asociación de Recicladores de Bogotá contra la

Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, porque al adelantar el proceso de selección de contratistas para ejecutar un contrato para la “recolección de material recuperable” no tuvo en cuenta las condiciones de debilidad en que ellos se encuentran, reprochándose la ausencia de medidas a favor de grupos marginados o discriminados. Los actores dijeron que a pesar de que en el Pliego de Condiciones se exigió que los proponentes que resulten seleccionados debían tener en cuenta que el 15% de los operarios que se requieran para la realización de la actividad de corte de césped, debían ser seleccionado con personas en situación de desplazamiento y recicladores, esta medida no reporta ninguna protección eficaz de la actividad de reciclaje que vienen desempeñando los recicladores. La sentencia T-724 de 2003, “exhortó al Concejo de Bogotá en lo que respecta a su territorio, para que incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa, a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado, puesto que la Ley 80 de 1993, no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en el sentido de que las autoridades públicas en los procesos de contratación administrativa adopten medidas afirmativas a favor de tales grupos, lo que redundaría en su perjuicio, pues, como sucedió, en este caso, las autoridades se limitan a dar cumplimiento a lo preceptuado en el Actual Estatuto de la Contratación Administrativa, que al no consagrar medidas de esa especie, conduce a que se desconozca el mandato previsto en el segundo inciso del artículo 13 Superior”. Para llegar a esa conclusión, la Sala de Revisión dijo:

“Por acciones afirmativas se entiende todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación, con el fin de conseguir una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades<sup>23</sup>.

En ese orden de ideas tal como lo ha sostenido la Corte, los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas.

8. Nuestro ordenamiento constitucional prevé ese tipo de medidas. Así, el artículo 13-2 de la Constitución Política señala como una obligación del Estado<sup>24</sup> la de promover las condiciones

para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

De manera que las diferentes autoridades del Estado están obligadas, cuando se encuentran en presencia de grupos en condiciones de marginalidad y discriminación, a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones. Pasar por alto ese mandato, no contemplando medidas afirmativas a favor de grupos que pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, significa quebrantar el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, su adopción”<sup>25</sup>

22. En el caso concreto de los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, párrafo, de la Ley 80 de 1993, la Corte encuentra que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no sólo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación. De hecho, son varios los ejemplos de acciones afirmativas en la contratación: ya se vio el caso del artículo 11 de la Ley 82 de 1993 en el que la Corte declaró la exequibilidad del privilegio otorgado a la mujer cabeza de familia en la “contratación de servicios del Estado”. Igualmente, el artículo 9º de la Ley 905 de 2004, diseñó una acción afirmativa a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, a quienes las entidades estatales “Promoverán e incrementarán, conforme a su respectivo presupuesto, la participación de micro, pequeñas y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden” y, entre otras cosas, “preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales”. En esta misma línea, los artículos 26, 27 y 30 de la Ley 361 de 1991, consagraron tratos preferentes a las personas con limitación física cuando aspiran a

vincularse laboralmente o a vender productos, bienes y servicios con el Estado. Luego, resulta evidente que el legislador ha establecido medidas de acción afirmativa en la contratación para quienes se encuentran en situación de debilidad producida por la discriminación originada en razones económicas, sociales o culturales.

23. De todas maneras, ante la ausencia de una previsión expresa en los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, párrafo, de la Ley 80 de 1993 a este respecto, que supondría una discriminación en caso de interpretarse que no admite una acción afirmativa para grupos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, la Corte considera necesario excluir la interpretación literal de la norma que sería contraria al artículo 13 de la Constitución, para señalar que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en la contratación administrativa no excluyen la adopción de medidas de acciones afirmativas en los pliegos de condiciones ni la determinación de medidas favorables en casos de contratación directa en los que existe mayor grado de discrecionalidad para señalar los criterios de selección del contratista. Por esta razón, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de las disposiciones, limitando la cosa juzgada al análisis del artículo 13 de la Carta.

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

#### RESUELVE

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado en esta sentencia, los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, párrafo, de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.

SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, por el cargo analizado en esta sentencia, salvo la expresión “los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa y detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia”, contenida en el inciso 3º, respecto del cual se ESTÁ A LO RESUELTO en la sentencia C-400 de 1999.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN CONTRATACION PUBLICA-Establecimiento de reglas por el legislador que permitan acceder a grupos marginados o discriminados a la contratación (Aclaración de voto)

Desde los primeros estatutos de contratación siempre se ha utilizado el criterio de seleccionar la propuesta más favorable desde el punto de vista económico. Ahora este aspecto es sólo uno de los elementos. En consecuencia, reitero que aunque los criterios de la contratación deben ser objetivos, lo cual es correcto desde un punto de vista de justicia formal, hay circunstancias en las cuales deben primar las condiciones subjetivas, desde un punto de vista de justicia material. A mi juicio, a esta ley le faltan esas condiciones subjetivas, para considerarlas en algunos casos por encima de las meramente objetivas.

Referencia: Expediente D-6794

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 24, 29 y 30 (parciales) de la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

Magistrado Ponente:

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la presente decisión, en relación con los argumentos expuestos como fundamento de la constitucionalidad de las normas demandadas de la ley 80 de 1993.

En este sentido, el suscrito magistrado se permite exponer su visión respecto del tema de la contratación pública y su relación con una de las proyecciones del principio de igualdad, que se encuentra en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, específicamente respecto del tema de igualdad de oportunidades en la contratación pública que nos ocupa, tema

respecto del cual el legislador debe establecer desarrollos específicos.

De este modo, considero se deben prever reglas que permitan el acceso de todos a la administración en igualdad de condiciones o a contratar con el Estado aún cuando no se sea poderoso económicamente. De no establecerse este tipo de reglas especiales, que hagan efectivo la real igualdad de oportunidades, considero que siempre existirá un círculo vicioso, el cual sólo favorece a cuatro grupos económicos, que desplazan a los demás.

Igualmente, este magistrado considera que sin acciones afirmativas o positivas por parte del Estado, los grupos más débiles no podrán obtener experiencia para contratar, a lo que se agrega el fenómeno de la subcontratación. Por ello, en mi criterio la contratación pública no puede seguir siendo un privilegio de unos cuantos grupos económicos. A este respecto, considero necesario recordar lo que ha ocurrido en el caso de los recicladores, que pueden tener la prelación, pero no las condiciones objetivas para competir en igualdad de condiciones y acceder efectivamente a la contratación con la administración pública. Por ello, reitero que al Estado le corresponde adoptar acciones positivas, para hacer realidad los derechos de grupos marginados o discriminados, para que logren acceder a la administración pública mediante la contratación. Si no, no será posible garantizar realmente la igualdad de oportunidades.

En este orden de ideas, para el suscrito magistrado el problema de la ley 80 de 1993 es que no establece el principio referente a los mecanismos que permitan a grupos minoritarios, discriminados o disminuidos económicamente acceder a la contratación, pues la ley está montada sobre una norma sin excepciones, que sólo tiene en cuenta criterios objetivos referentes a la experiencia y capacidad económica. Es de observar que en muchos casos no se requiere de grandes capitales. A mi juicio, debe haber una regla general y dejar a salvo el principio mencionado, el cual debe ser desarrollado por el legislador.

No obstante lo anterior, para el suscrito magistrado el meollo del asunto se encuentra en que la regla general es la licitación pública, cuyos pliegos de condiciones excluyen con frecuencia a los sectores que no tengan gran capacidad económica. En este sentido, es de observar que desde los primeros estatutos de contratación siempre se ha utilizado el criterio de seleccionar la propuesta más favorable desde el punto de vista económico. Ahora este aspecto es sólo uno de los elementos. En consecuencia, reitero que aunque los criterios de la

contratación deben ser objetivos, lo cual es correcto desde un punto de vista de justicia formal, hay circunstancias en las cuales, deben primar las condiciones subjetivas, desde un punto de vista de justicia material. A mi juicio, a esta ley le faltan esas condiciones subjetivas, para considerarlas en algunos casos por encima de las meramente objetivas.

Con fundamento en las anteriores razones, aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Consúltense las sentencias C-1155 de 2005, C-329 de 2001 y C-1144 de 2000, entre muchas otras.

2 Sentencia T-292 de 2006.

3 Sentencia SU-047 de 1999

4 Sentencia SU-1219 de 2001.

5 Sentencia C-1064 de 2001

6 Ariño Ortiz, Gaspar. Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos. Madrid. Instituto de Estudios Administrativos. 1968. En la página 209 existe un desarrollo sobre esta teoría.

7 Entre los profesores que desarrollaron esta teoría pueden consultarse a Dugüit, Gaston Jézé y Carlos Nino.

8 Riveró, Jean. Derecho Administrativo. Traducción de la 9ª edición. Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1984. Página 130.

9 Sentencia C-400 de 1999.

## 10 Sentencia C-128 de 2003

11 Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III- A. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Páginas 30 y siguientes. Igualmente: Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo. Tomo II. Sexta Edición. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1980.

12 Puede verse que la Corte Constitucional ha conocido en varias oportunidades de medidas de acción afirmativa que ha considerado constitucionales. Así, por ejemplo, se consideró ajustado a la Carta el artículo 3º de la Ley 683 de 2000 que diseñó el subsidio alimentario para ancianos porque “la situación en que se encuentran tales personas reclama del Estado la adopción de medidas especiales de protección”<sup>12</sup>. De igual manera, la Corte declaró la validez constitucional del artículo 3º de la Ley 136 de 1994 que señaló a los municipios la responsabilidad de solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos, vivienda, recreación y deporte, de manera preferente para, entre otros sujetos de especial protección del Estado, la mujer “en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina”<sup>12</sup>. Así mismo, esta Corporación consideró ajustado a la Constitución el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que, aunque inicialmente sólo consagró privilegios de pensión anticipada a las madres de hijos con invalidez física o mental y la Corte los extendió a los padres, lo entendió como una acción afirmativa que “propende por el interés superior del niño y la rehabilitación e integración social en el caso de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos en cualquier circunstancia”<sup>12</sup>. En otra oportunidad, la Corte declaró la constitucionalidad de varias normas de la Ley 82 de 1993, que consagraron privilegios en la educación, el ingreso a la seguridad social, programas de capacitación y de vivienda de madres y padres cabeza de familia, como quiera que “el legislador bien puede adoptar medidas de protección de personas que integran grupos respecto de los cuales la Constitución, expresamente, establece un mandato de apoyo especial, sin que ello desconozca el principio de igualdad”<sup>12</sup>. En este último caso, vale la pena recordar que el artículo 11 de la Ley 82 de 1993 consagró una medida de discriminación inversa a favor de la mujer cabeza de familia en la contratación administrativa, pues la señaló como beneficiaria preferente “en los procesos de adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios del Estado”. Incluso, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que aún no ha entrado a regir, también consagra acciones afirmativas a favor de las pequeñas y medianas empresas en la contratación con el Estado, al señalar que “De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2o

del artículo 13 y en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional pueda establecer cuantías diferentes para entidades en razón al tamaño de su presupuesto, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantice la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento por el Gobierno Nacional. En todo caso la selección se hará de acuerdo con las modalidades de selección a que se refiere la presente ley”.

13 Sentencia T-500 de 2002. Reiterada en la sentencia C-1036 de 2003.

14 Sentencias C-667 de 2006, SU-388 y SU-389 de 2005, entre otras.

16 Sentencias C-667 de 2006, C-371 de 2000 y C-112 de 2000

17 Sentencias C-622 de 1997, C-112 de 2000, T-610 de 2002, C-410 de 1994, entre muchas otras

18 En sentencia SU-388 de 2005, la Corte manifestó que “para el diseño e implementación concreta de las acciones afirmativas el primer llamado a intervenir es el Legislador, en tanto órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades”. La sentencia C-184 de 2003 dijo que “Las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos”. La sentencia C-667 de 2006 manifestó que las acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta “para que el legislador adopte medidas en pro de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos... Dichas medidas se concretan en la facultad con la que cuenta el legislador para apelar a la raza, al sexo -categorías en

principio sospechosas como criterio de discriminación-, con el fin de aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales” (subrayas no originales).

19 En sentencia C-112 de 2000, la Corte se refirió a las acciones afirmativas como medidas a cargo de todas las autoridades. En sentencia T-602 de 2003, la Sala Primera de Revisión consideró afectados los derechos a la igualdad, al mínimo vital y a la vivienda digna de desplazados porque la Red de Solidaridad no adoptó medidas de protección especial para este grupo poblacional, pese a que “las acciones positivas a favor de la población desplazada están pues justificadas en virtud de la necesidad de asegurar un justo trato a uno de los sectores más desaventajados de la sociedad colombiana, en la urgencia de evitar que la nación colombiana se siga fragmentando y en la perentoria protección frente a graves afecciones al mínimo vital de las víctimas del desplazamiento”.

20 Sentencias C-371 de 2000, C-184 de 2003, C-206 de 2006 y T-1031 de 2005, entre otras

21 Por ejemplo, la sentencia C-667 de 2006 expresó que las acciones afirmativas fueron consagradas “a favor de un grupo de personas determinadas, pretenden edificar condiciones reales de igualdad”

22 En sentencias SU-388 y SU-389 de 2005, la Sala Plena de la Corte advirtió que “no resulta válida una ampliación generalizada de las acciones afirmativas a los demás colectivos, o una utilización desbordada de las mismas, puesto que no sólo se desnaturalizaría su esencia sino que se daría al traste con los objetivos que persiguen, haciéndolas inocuas, burlando así el objetivo propuesto por el Constituyente y materializado por el Legislador”

23 Al respecto ver la Sentencia C-371 de 2000, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Un tratamiento sistemático del tema puede verse en: Las estrategias de la Igualdad, la discriminación inversa como medio de promover la igualdad, por Macario Alemany, en Isonomía No. 11, octubre de 1999, Universidad de Alicante, España.

24 Por Estado debe entenderse aquí, en su acepción más amplia, los diversos niveles que lo integran: el nacional y el territorial (departamental, distrital o municipal).

25 Sentencia T-724 de 2003