

Sentencia C-380/08

FACULTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Competencia para determinar los casos de adjudicación de contratos en audiencia pública

El artículo 273 de la Constitución Política establece un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, y para ello, en el primer inciso se establece la posibilidad de que el Contralor General u otra autoridad de control fiscal ordenen que el acto de adjudicación de un contrato sometido a licitación pública se realice dentro de una audiencia pública convocada para el efecto, decisión que la referida autoridad deberá tomar siempre que medie solicitud en tal sentido presentada por uno cualquiera de quienes participan como proponentes en el proceso de selección de que se trate; en tanto, en el segundo inciso defiere a la ley la regulación de varios importantes aspectos relativos a la celebración de estas audiencias, particularmente la manera como se realizará la evaluación de las propuestas, las condiciones bajo las cuales se realizará la audiencia y los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública. Se observa que el precepto superior analizado plantea una forma de reparto competencial que es de frecuente uso en el derecho colombiano y en las normas jurídicas en general, consistente en que desde un nivel normativo y funcional superior (en este caso el poder constituyente) se establecen unos mínimos de carácter obligatorio en torno al cumplimiento de un determinado requisito, atribuyendo al siguiente nivel competencial y normativo (que en el caso de autos es el poder legislativo) la posibilidad de ampliar esos mínimos, siempre que a su criterio, ello resulte apropiado. De donde se concluye que el Congreso de la República tiene atribuida la función de determinar en qué otros casos la adjudicación deberá hacerse en audiencia pública, por lo que cualquier determinación que en este sentido tome el órgano legislativo es igualmente válida, que incluye la de tornar este requisito en universalmente obligatorio.

CONTRATACION POR LICITACION-Adjudicación de contrato en audiencia pública

Referencia: expediente D-6950

Demandante: Francisco Javier Solís
Enríquez

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9° (parcial) de la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

Magistrado Ponente:
Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil ocho (2008).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Francisco Javier Solís Enríquez solicitó ante esta corporación la declaratoria de inexecutable de la expresión “*en forma obligatoria*” que hace parte del inciso 1° del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*”.

Mediante auto de septiembre 21 de dos mil siete (2007), el Magistrado Sustanciador admitió la demanda contra el referido segmento normativo y dispuso fijar en lista el presente proceso y correr traslado del asunto al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

De igual manera se ordenó comunicar la iniciación de este proceso al señor Presidente de la República, a la señora Presidente del Congreso, a los Ministros de Interior y de Justicia, Hacienda y Crédito Público y Transporte y a la Directora del Departamento Nacional de Planeación. También se extendió invitación a las facultades de derecho de las Universidades del Rosario, Externado de Colombia, de los Andes, Javeriana y Nacional de Colombia, a la Corporación Transparencia por Colombia, a la Sociedad Colombiana de Ingenieros y a la Cámara Colombiana de la Infraestructura, para que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto demandado.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto de la norma demandada, advirtiéndose que la demanda de inconstitucionalidad se dirige contra la parte subrayada de dicho texto:

*“Ley 1150 de 2007
(julio 16)
Diario Oficial No 46.691 de 16 de julio de 2007*

“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.”

Sobre este tema, antes de proseguir debe precisar la Corte que si bien el demandante se refiere en su escrito a la expresión “*en forma obligatoria*”, frase contra la cual se admitió la demanda en el auto arriba mencionado, examinado nuevamente el texto oficial de la norma acusada se constata que la parte pertinente de aquél reza textualmente “*de forma obligatoria*”, tal como ha

quedado transcrito. No obstante lo anterior, visto el sentido equivalente de estas dos expresiones, y sin necesidad de ulteriores análisis al respecto, no duda la Sala en concluir, tal como tácitamente lo hicieran todos los intervinientes dentro de la presente acción, que la demanda debe entenderse dirigida contra la expresión “*de forma obligatoria*”, que es la que se encuentra contenida en el texto oficial de la norma demandada.

III. LA DEMANDA

Frente al precepto acusado, el actor plantea un único cuestionamiento relacionado con la posible vulneración del artículo 273 de la Constitución Política. Esta se derivaría del hecho de que, habiendo el Constituyente contemplado y regulado de manera expresa las situaciones en que la adjudicación de un contrato deberá hacerse mediante audiencia pública, no podía el legislador convertir esta posibilidad en universalmente obligatoria, que es lo que, en concepto del actor, hizo la expresión demandada.

En sustento de su afirmación el demandante explica que el Consejo de Estado suspendió provisionalmente algunas disposiciones del Decreto Reglamentario 2170 de 2002, que establecían nuevas situaciones en las que se puede convocar dicha audiencia pública. De igual manera, advierte que la norma demandada no tiene efecto derogatorio sobre el numeral 10° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, precepto que hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 regulaba las circunstancias en que la adjudicación debería realizarse mediante audiencia pública, en razón a la exigencia de derogatoria expresa recientemente establecida por el inciso final del artículo 32 de la misma Ley 1150 de 2007.

Finalmente, el actor agrega que la facultad que el segundo inciso del artículo 273 constitucional entrega al legislador para señalar “*los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública*” se refiere a situaciones distintas a la adjudicación, pues una consideración diferente conduciría a la existencia de una contradicción entre los dos incisos de la norma. Por ello, concluye que no podría entenderse que esta disposición habilita a la ley para ampliar el campo de acción de la audiencia pública de adjudicación establecido en el inciso primero de la misma, y al haberse hecho así, tal disposición resulta inconstitucional.

IV. INTERVENCIONES

Durante el término de fijación en lista se recibieron tres (3) escritos, provenientes de los Ministerios del Interior y de Justicia y de Transporte y del Departamento Nacional de Planeación. A continuación se presenta un resumen de tales intervenciones.

4.1. Del Ministerio del Interior y de Justicia

La Directora (e) de Ordenamiento Jurídico de este Ministerio solicita a la Corte declarar la exequibilidad del aparte normativo demandado. En sustento de su solicitud explica que, en su concepto, el segundo inciso del artículo 273 constitucional ciertamente habilita al legislador para señalar otros casos, adicionales a los contemplados en el inciso primero, en los que la adjudicación se realizará mediante audiencia pública.

Así, de una parte, descarta la presunta contradicción interna que en concepto del demandante envuelve esta apreciación, y de otra, afirma que el legislador tiene claras facultades para ampliar, en la forma en que en este caso lo ha hecho, el campo de aplicación de este mecanismo originalmente previsto por el Constituyente. Agrega que, dado que la audiencia de adjudicación es una institución propia de la contratación estatal, la posibilidad de extender la aplicación de este mecanismo resulta también de lo establecido en el último inciso del art. 150 constitucional que le atribuye al Congreso de la República la facultad de *“expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional”*.

Finalmente, agrega que este entendimiento del artículo 273 superior es el mismo que pacíficamente han asumido tanto el Consejo de Estado como esta corporación, a propósito de lo cual cita los fallos C-529 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-949 de 2001 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

4.2. Del Ministerio del Transporte

El apoderado de este Ministerio pide a la Corte declarar la exequibilidad del aparte normativo demandado. Para ello, resalta también la complementariedad, que no contradicción, existente entre los dos incisos del artículo 273 de la Constitución Política, a partir de lo cual puede el legislador establecer otros eventos en las que la adjudicación se hará mediante audiencia pública, adicionales a los originalmente previstos por el Constituyente.

De otra parte, señala que, en efecto, el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 no ha sido derogado, pero que en cambio sí lo fue de manera expresa el numeral 11 de la misma norma, que disponía que la adjudicación se hiciera mediante resolución motivada. Así, entiende el impugnador que la normatividad vigente desde enero 16 de 2008 es coherente en el sentido de considerar la audiencia pública como la única forma posible de realizar la adjudicación de una licitación, lo que en su opinión, no merece reproche constitucional alguno.

4.3. Del Departamento Nacional de Planeación

El apoderado de este Departamento Administrativo solicita así mismo declarar la constitucionalidad de la norma demandada.

Para ello resalta que el artículo 273 superior contiene dos distintos mandatos, entre los cuales no existe contradicción alguna: el primero de ellos es el que establece de manera imperativa que las autoridades de control fiscal ordenarán

la realización de una audiencia pública de adjudicación, cuando quiera que lo solicite uno de los proponentes; y el segundo, en el que se ordena al legislador señalar los casos en los que aplicará el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, con lo que de manera expresa se permite que por decisión del legislador se amplíe el número de hipótesis en las que se deberá ordenar la realización de esta audiencia.

A partir de este entendimiento, señala que lo que el legislador hizo con la expedición de la norma demandada no fue otra cosa que ejercer esta facultad, por lo que a la decisión de extender el campo de aplicación de esta institución no le cabe el reparo de constitucionalidad que plantea el demandante.

También alude al hecho de que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han sostenido consistentemente esta interpretación, frente a lo cual hace alusión a los mismos fallos de constitucionalidad citados por los otros intervinientes. Por su parte, a propósito de los pronunciamientos del Consejo de Estado en relación con el Decreto 2170 de 2002, resalta que la principal razón de la suspensión provisional que fuera decretada, es precisamente que al ser el legislador el único facultado para establecer nuevas situaciones en las que la adjudicación se realizará mediante audiencia pública, le estaba vedada al reglamentador la posibilidad de adoptar una decisión semejante.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En concepto N° 4421 recibido en la Secretaría General de esta corporación el día 7 de noviembre de 2007, el Jefe del Ministerio Público solicitó a la Corte Constitucional declarar exequible el segmento normativo demandado.

Para ello el Procurador General hizo una breve reflexión sobre las finalidades que cumple la contratación pública, el sentido de los procesos licitatorios y la gran trascendencia de la adjudicación, que es el objetivo y resultado de ese proceso. A continuación, expone las ventajas que se generan por el hecho de que esta decisión se tome en desarrollo de una audiencia pública.

Explica que, en la medida en que la decisión de realizar la adjudicación en audiencia pública conviene al interés general, la regla establecida en el artículo 273 superior es apenas un mínimo constitucionalmente exigido, que tiene el propósito de garantizar la transparencia de los procesos de selección y contribuir a generar confianza, tanto a nivel de la ciudadanía en general como entre los potenciales proponentes y contratistas, parámetro que bien puede ser ampliado por decisión del legislador.

Indica que la competencia que la norma constitucional les atribuye a las autoridades de control fiscal para solicitar la realización de la audiencia pública no puede entenderse como privativa de éstas, ni tampoco ha desaparecido por efecto de la nueva regla, recientemente establecida por la Ley 1150 de 2007.

Agrega que frente a este nuevo escenario, la norma constitucional obrará entonces como una seguridad adicional, cuando quiera que los representantes de la entidad estatal pretendan desconocer este mandato.

Por lo anterior, el concepto concluye solicitando a la Corte declarar exequible el aparte normativo acusado en lo referente al cargos contenido en esta demanda.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 241 numeral cuarto de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

2. Problema jurídico

El problema que en el presente caso corresponde dilucidar a la Corte se contrae a determinar si resulta violatorio de lo establecido en el artículo 273 superior el hecho de que el legislador haya convertido en regla de aplicación general la obligación, contemplada como excepcional por la citada norma constitucional, de realizar mediante audiencia pública la diligencia de adjudicación de los contratos estatales cuyo contratista se escoja por el mecanismo de licitación.

Para ello la Corte estudiará el sentido y efecto de la norma contenida en el artículo 273 constitucional, así como el alcance de la potestad de configuración normativa que en este caso corresponde al Congreso de la República.

3. Contenido y sentido del artículo 273 de la Constitución Política

El artículo 273 de la Constitución Política hace parte del Título X, que reúne las normas relacionadas con los organismos de control, y más concretamente, del Capítulo 1° de dicho título, que trata sobre la Contraloría General de la República. La ubicación de la norma dentro del texto constitucional parece sugerir entonces que la adjudicación en audiencia pública fue concebida más que todo como un mecanismo de control fiscal, a partir del cual se podrá velar de manera más eficiente por la correcta inversión de los dineros públicos.

Sin perjuicio de lo anterior, el efecto práctico de la norma, esto es la posibilidad o necesidad de que la adjudicación de un contrato se realice en audiencia pública, se proyecta particularmente sobre las entidades contratantes, que según lo establecido en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, pueden ser cualquier organización, autoridad, entidad o dependencia que haga parte del aparato estatal, y no únicamente las que conforman la rama ejecutiva, como corrientemente se presume.

Así, independientemente de su ubicación dentro del texto constitucional, es claro que esta norma establece un mecanismo encaminado a garantizar la

transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, situación que tanto en Colombia como en otros países ha sido tradicionalmente vista con recelo, en atención a la natural importancia de las obras públicas, a la magnitud usualmente cuantiosa de los recursos en ellas comprometidos y al significativo poder corruptor que estas decisiones pueden entrañar, a propósito de las relaciones existentes entre las ramas del poder público, los órganos de control y la ciudadanía misma.

Para ello, y como es bien sabido, el primer inciso de la norma constitucional en comento establece la posibilidad de que el Contralor General u otra autoridad de control fiscal ordenen que el acto de adjudicación de un contrato sometido a licitación pública se realice dentro de una audiencia pública convocada para el efecto, decisión que la referida autoridad deberá tomar siempre que medie solicitud en tal sentido presentada por uno cualquiera de quienes participan como proponentes en el proceso de selección de que se trate.

Por su parte, el segundo inciso de este mismo precepto defiere a la ley la regulación de varios importantes aspectos relativos a la celebración de estas audiencias, particularmente la manera como se realizará la evaluación de las propuestas, las condiciones bajo las cuales se realizará la audiencia y *“los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública”*.

Del examen conjunto de los dos incisos que conforman este precepto concluye la Corte, sin dificultad, que la norma constitucional estableció por sí misma que este mecanismo se activaría a partir de una orden impartida por una autoridad de control fiscal, previa solicitud de uno de los proponentes. Sin embargo, con la misma claridad se advierte que el precepto en cita estableció la posibilidad de que el legislador añadiera otras hipótesis en las cuales se aplicara el mecanismo de la audiencia pública para la adjudicación de contratos, en circunstancias que de acuerdo con lo establecido en el primer inciso no hubieran dado lugar a él.

Para la Corte no existe confusión, ni menos contradicción alguna, entre el contenido de estos dos incisos, de tal modo que tampoco resulta razonable especular, como lo hace el demandante, sobre si la atribución a que se refiere el segundo inciso del artículo 273 podría referirse a la eventual realización de audiencias públicas en situaciones diferentes a la adjudicación. Por el contrario, la norma es clara en su sentido y efecto, que es el que se ha explicado en el párrafo anterior. De allí que incluso la doctrina sobre el tema, anterior a la expedición de la Ley 1150 de 2007, frecuentemente hubiera destacado que hasta entonces el legislador había guardado silencio sobre este tema, lo que claramente implicaba partir del supuesto de que la Constitución le había atribuido la posibilidad de señalar en qué otros casos de adjudicación debería darse aplicación a este mecanismo.

Por otra parte, se observa que el precepto superior analizado plantea una forma de reparto competencial que es de frecuente uso en el derecho colombiano y en las normas jurídicas en general, consistente en que desde un nivel normativo y funcional superior (en este caso el poder constituyente) se establecen unos

mínimos de carácter obligatorio en torno al cumplimiento de un determinado requisito, atribuyendo al siguiente nivel competencial y normativo (que en el caso de autos es el poder legislativo) la posibilidad de ampliar esos mínimos, siempre que a su criterio, ello resulte apropiado.

Entonces, claramente atribuida al Congreso de la República la función de determinar en qué otros casos la adjudicación deberá hacerse en audiencia pública, es preciso reconocer que el ejercicio de esta facultad cae dentro del campo de lo que la jurisprudencia de esta corporación ha denominado la potestad de libre configuración normativa, por lo que no corresponde al intérprete, ni tampoco a esta Corte, pronunciarse o controvertir en manera alguna la oportunidad o la conveniencia de las determinaciones que en este sentido adopte el poder legislativo.

Por lo demás, es pertinente resaltar que dicha potestad de configuración para ampliar el campo de acción de una institución frente a la cual se han establecido previamente unos mínimos obligatorios, implica que cualquier determinación que en este sentido tome el órgano legislativo es igualmente válida, lo que incluye desde la posibilidad de no hacer adición (tal como ocurrió hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007), la de establecer un listado de situaciones específicas en las que se aplicará este requisito, o la de tornarlo en universalmente obligatorio, decisión que el demandante cuestiona en este caso.

Finalmente, la Corte avala el planteamiento hecho por el Procurador General en su concepto, conforme al cual, las atribuciones que la norma constitucional le confiere al Contralor General y a otras autoridades de control fiscal no se ven afectadas por el hecho de que la norma demandada haya establecido el carácter general y obligatorio de la adjudicación en audiencia pública.

Ello es así por cuanto, como ya se ha dicho, esta facultad hace parte de los parámetros mínimos cuyo aseguramiento procuró el Constituyente, lo cual no se opone a que el legislador resuelva darle a esta norma un mayor margen de aplicabilidad. Además, visto el actual sentido de la norma, la competencia del Contralor General podrá resultar importante como una salvaguarda adicional que asegure el efectivo cumplimiento de este precepto en caso de que las autoridades llamadas a aplicarlo omitan o retarden su ejecución.

Recapitulando, la expresión que en este caso se acusa (*“de forma obligatoria”*) ciertamente establece una regla conforme a la cual en todos los procesos de selección mediante licitación pública que realicen las entidades oficiales dentro del marco de la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 la adjudicación que les ponga fin deberá decidirse y oficializarse dentro del marco de una audiencia pública.

De igual manera, el mismo artículo 9° en su parte no demandada (especialmente incisos 3° y 4°) deja claro que también deberá realizarse una audiencia pública cuando quiera que sea necesario tomar una nueva decisión sobre la persona o entidad que ejecutará el contrato licitado, por haberse presentado situaciones que impidan su ejecución o conclusión por parte del adjudicatario inicial, entre

ellas una inhabilidad sobreviniente o la declaratoria de caducidad contractual estando pendiente la ejecución de al menos el 50 % del objeto contratado.

Sin embargo, la Corte encuentra que la regla cuya exequibilidad cuestiona el demandante se encuadra sin dificultad dentro del ámbito competencial del poder legislativo en relación con el tema, por lo que el cargo sobre violación a lo previsto en el artículo 273 constitucional no está llamado a prosperar.

4. Conclusión

A partir de los razonamientos hechos en el punto anterior concluye la Corte que la expresión “*de forma obligatoria*” que hace parte del primer inciso del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007 no resulta contraria al contenido del artículo 273 constitucional, sino por el contrario, viene a ser un legítimo desarrollo de los poderes normativos establecidos en dicha norma constitucional. Por ello, así procederá a declararlo en la parte resolutive de esta providencia.

VII. DECISION

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

RESUELVE

DECLARAR EXEQUIBLE, frente al cargo analizado, la expresión “*de forma obligatoria*” que hace parte del primer inciso del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Presidente
AUSENTE CON EXCUSA

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
IMPEDIMENTO ACEPTADO

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General