

¡Sentencia C-499/15
(Bogotá D.C., 5 de agosto de 2015)

DISPOSICIONES PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCION EN LA CONTRATACION PUBLICA-Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento/**DISPOSICIONES PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCION EN LA CONTRATACION PUBLICA**-Facultad conferida a las entidades públicas, para cuantificar los perjuicios que se derivan del incumplimiento del contratista

FACULTAD CONFERIDA A LAS ENTIDADES PUBLICAS, PARA CUANTIFICAR LOS PERJUICIOS QUE SE DERIVAN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA-No desconoce el derecho de igualdad, ni el debido proceso, ni el principio de buena fe, así como tampoco, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del principio pro actione

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL-Jurisprudencia constitucional

IGUALDAD-Triple papel en el ordenamiento constitucional/**IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO**-Reiteración de Jurisprudencia

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Contenido y alcance

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Cargo por supuesta mala fe del legislador

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMALIDADES-Contenido y alcance

Demanda de inconstitucionalidad contra una expresión del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Referencia: Expediente D-10626

Actor: Flavio Efrén Granados Mora

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

I. ANTECEDENTES

1. Texto normativo demandado.

El ciudadano Flavio Efrén Granados Mora, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “*cuantificando los perjuicios del mismo,*” contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuyo texto, con lo demandado en subrayas, es el siguiente:

LEY 1474 DE 2011

(julio 12)

Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

CAPÍTULO VII.

DISPOSICIONES PARA PREVENIR Y COMBATIR LA
CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

(...)

ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las

consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

2. Pretensión y cargos.

2.1. Pretensión. Se solicita a este tribunal que declare la inexecutable de la expresión subrayada, por considerarse que vulnera el preámbulo y los artículos 13, 29, 83 y 228 de la Constitución.

2.2. Cargos. La demanda presenta tres cargos, a saber:

2.2.1. El primer cargo plantea la violación del preámbulo y del artículo 13 de la Constitución, por cuanto la expresión acusada establece un trato contrario a la justicia y a la igualdad, al prever la posibilidad de que la administración cuantifique los perjuicios del incumplimiento del contrato, valga decir, al reconocerle a la administración la condición de juez y de parte. Así, pues, sería suficiente que la administración afirme que existen perjuicios para que ellos puedan exigirse a los contratistas, pese a que dichos perjuicios pueden ser inciertos y carecer de apoyo fáctico y jurídico. De esta manera, además de contar con la facultad de declarar incumplimientos e imponer sanciones, la administración queda también habilitada para cuantificar, por la vía administrativa, la existencia de perjuicios. Por el contrario, si quien pretende la indemnización de perjuicios es el contratista deberá acudir a la jurisdicción a efectos de que sean allí declarados y cuantificados. Si bien las entidades del Estado tienen determinados privilegios, atribuir la competencia para

cuantificar los perjuicios desborda el margen de configuración del legislador, pues se introduce una diferencia de trata injustificada, al permitir a una parte del contrato cuantificar los perjuicios y al exigir a la otra que acuda ante la jurisdicción para tal propósito.

2.2.2. El segundo cargo señala que la expresión demandada vulnera el artículo 29 de la Constitución, en tanto se otorga una competencia a la administración pero no se reglamenta su ejercicio ni se alude a la necesidad de hacer una ponderación de la prueba. No es admisible que los perjuicios se presuman, cuando deben probarse, para proceder a cuantificarlos por parte de la administración. La existencia de perjuicios y su cuantificación son asuntos que corresponden a una decisión judicial y obedecen a un ejercicio probatorio.

2.2.3. El tercer cargo advierte que la expresión demandada desconoce la presunción de buena fe y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, previstos en los artículos 83 y 228 de la Constitución, al asumir, sin que exista prueba que lo soporte, que de la declaración de incumplimiento de un contrato se sigue de manera necesaria la causación de perjuicios, aunque no ocurra así en la realidad, para proceder a cuantificarlos. De esta forma *“al concederse a la administración pública la facultad de establecerse como ciertos unos perjuicios a través de su propio o simple dicho, se impone la formalidad sobre la realidad fáctica (...)”*.

3. Intervenciones.

3.1. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública: inhibición y, en subsidio, exequibilidad. Precisa que en la exposición de motivos del proyecto que a la postre sería la ley que contiene la expresión demandada, se destacó la necesidad de dotar a la administración de un procedimiento expedito, con respeto del debido proceso, para imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Considera que el concepto de la violación de la demanda no cumple con los mínimos argumentativos de certeza y pertinencia, pues pretende equiparar situaciones que no son equiparables. En este contexto, si se llega a decidir de fondo el caso, trae a cuento las Sentencias C-618 de 2012 de la Corte Constitucional y las del 4 de junio de 1998 (Rad. 13988) y del 13 de noviembre de 2008 (Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)), de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para destacar el margen de configuración del legislador en materia de contratación estatal y afirmar que esta medida se enmarca dentro de dicho margen.

3.2. Intervención de la Universidad Libre de Bogotá: inhibición y exequibilidad. Aclara que la administración goza de una serie de prerrogativas o potestades excepcionales en materia contractual, que están justificadas por los fines esenciales del Estado. Considera que la demanda no desarrolla de manera adecuada el concepto de la violación del preámbulo, pues no muestra de qué manera sería vulnerado por la expresión demandada. En cuanto a los cargos restantes, advierte que la administración no puede equipararse al contratista, justamente porque tiene unas prerrogativas; que la

cuantificación del perjuicio no resulta del capricho de la administración, sino de un procedimiento administrativo especial; y que la cuantificación del perjuicio no es automática ni obedece a una presunción, sino que resulta del referido procedimiento.

3.3. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal: inexequibilidad. Considera que es una exigencia del debido proceso la de que los conflictos entre la administración y el contratista sean resueltos por la jurisdicción. De manera excepcional, por razón de garantizar la continua ejecución del contrato estatal, que persigue finalidades de interés público, se autoriza a la administración para ejercer funciones propias del juez del contrato, como las de interpretarlo, declarar su caducidad o imponer multas. No obstante, la administración no puede fijar los perjuicios causados por el incumplimiento, diferentes a los previstos en la cláusula penal, ni siquiera en el acto de liquidación del contrato. Si la administración pretende reclamar por otro tipo de perjuicios debe acudir ante el juez del contrato y demostrar su existencia y su cuantía. En este contexto, la expresión demandada le permite a la administración de fijar por medio de un acto administrativo, que goza de presunción de legalidad y tiene carácter de título ejecutivo, tanto la existencia como la cuantificación de los perjuicios, lo cual *“carece de justificación porque [esta facultad] no persigue la ejecución del contrato ni la construcción de la obra ni la prestación del servicio”*, de tal suerte que se vulnera el artículo 29 de la Constitución, al no permitir que el conflicto sea conocido y juzgado por el juez del contrato, que es el competente para ello.

3.4. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho: inhibición y, en subsidio, exequibilidad. Advierte que el concepto de violación de la demanda carece de certeza, pues hace una interpretación irrazonable de la norma demandada, al asumir que la expresión demandada permite cuantificar los perjuicios al mero arbitrio de la administración, cuando lo cierto es que la declaración del incumplimiento no es automática, sino que resulta de un procedimiento administrativo en el cual pueden participar el contratista y el interventor, que pueden incluso aportar y controvertir pruebas. Esta declaración se hace por medio de un acto administrativo motivado, contra el cual procede el recurso de reposición en la vía gubernativa y puede proceder la acción contencioso administrativa. En este contexto, considera que en realidad no se está frente a una facultad exorbitante de la administración, sino que la expresión demandada reitera lo ya contenido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal del contrato. Es dentro de los límites de esta cláusula penal que se cuantifican los perjuicios, pues debe haber una proporcionalidad entre los perjuicios efectivamente sufridos y los previstos anticipadamente en la cláusula penal. A partir de esta interpretación de la norma demandada, solicita que si hay una decisión de fondo, ésta sea la de declararla exequible.

3.5. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia: exequibilidad. Destaca las prerrogativas de la administración en materia contractual y su fundamento, para advertir que ellas, sean cláusulas exorbitantes en estricto sentido (interpretación unilateral, modificación

unilateral, terminación unilateral, caducidad o reversión) o sean otro tipo de prerrogativas, están justificadas constitucionalmente por el interés público que está implícito en la contratación estatal. A partir del artículo 14 de la Ley 80 de 1990 y 17 de la Ley 1150 de 2007, señala que la administración puede pactar multas y cláusulas penales con el contratista y tiene la facultad para hacerlas efectivas. En este contexto, considera que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2007 complementa el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, al fijar un procedimiento expedito que no desconoce el debido proceso y en el cual se le reconoce a la administración una facultad que es necesaria para preservar dicho interés público.

3.7. Intervención del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: inhibición y, en subsidio, exequibilidad. Coinciden con otros intervinientes en señalar que el concepto de la violación de la demanda carece de certeza y de pertinencia, pues parte de una interpretación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que no corresponde a su contenido y sus argumentos son de conveniencia. En el evento de que se estudiara de fondo el asunto, reitera los argumentos sobre las potestades exorbitantes y, al analizar el referido artículo, precisa que la cuantificación de los perjuicios es inherente a la efectividad de la sanción que se sigue de haberse declarado el incumplimiento y que, al hacerse en el marco de un procedimiento administrativo, no es contraria a las normas que se señala en la demanda como vulneradas.

3.8. Intervención de los ciudadanos Daniel Orduz, Natalia Neira; Felipe Nova y Juan Velasco: inhibición y, en subsidio, exequibilidad. Afirman que el concepto de la violación de la demanda carece de suficiencia, pues no alcanza a generar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la expresión demandada. En cuanto al fondo, advierten que no hay obligación de tratar igual al contratista y a la administración, porque en el caso de la segunda está de por medio el interés público; que la norma demandada sí garantiza el debido proceso, al prever un procedimiento en el cual los interesados pueden hacer parte y defender sus derechos; que en modo alguno se presume la mala fe del contratista, pues su declaración de incumplimiento resulta del procedimiento administrativo y debe fundarse en el derecho sustancial y en los medios de prueba existentes.

3.9. Intervención de la Universidad de la Sabana: exequibilidad. Aclara que la norma demandada se aplica a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que implica que no puede aplicarse a otro tipo de entidades. Así decantado el ámbito de aplicación, considera que la diferencia de trato está justificada en este caso, por los fines que persigue la administración. De otra parte, no es posible asumir, como al parecer lo hace la demanda, la mala fe de la administración, pues la cuantificación de perjuicios resulta de un procedimiento administrativo y se funda en referentes fácticos y jurídicos objetivos.

3.10. Intervención de la Universidad de Caldas: inhibición y exequibilidad. Dice que el concepto de la violación no cumple con los mínimos argumentativos. La violación del preámbulo carece de claridad,

pertinencia y suficiencia, pues se incurre en repetidas contradicciones, se emplea argumentos históricos y no se genera dudas sobre la exequibilidad de la expresión demandada. La violación del artículo 13 carece de especificidad, porque no se concreta la acusación en el sentido de mostrar una oposición objetiva y verificable. La violación del artículo 83 y del artículo 228 carece de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, porque en realidad no se refieren a estos artículos sino al debido proceso. El único cargo que se tiene por apto y, por ende, se estudia de fondo es el del debido proceso. En este estudio se reiteran los argumentos planteados por otros intervinientes y se destaca que al contratista se le garantizan sus derechos tanto en el procedimiento administrativo como en el eventual proceso judicial posterior.

3.11. Intervención de la Universidad Externado de Colombia: exequibilidad. Señala que la existencia de un régimen jurídico diferenciado para la administración tiene justificación constitucional, por lo que no se debe tratar igual a la administración y al contratista; que las demás vulneraciones que señala la demanda obedecen a una lectura incompleta de la norma demandada, pues en ella se prevé un procedimiento para establecer la existencia de los perjuicios y para cuantificarlos.

4. Concepto del Procurador General de la Nación: inhibición.

4.1. El Ministerio Público, por medio del Concepto 5892, solicita a este tribunal que se inhíba de pronunciarse de fondo sobre la disposición demandada, dada la ineptitud sustancial de la demanda.

4.2. Para fundar su solicitud, el concepto advierte que el concepto de la violación de la demanda no satisface las cargas mínimas de argumentación que le son exigibles. Señala que los ataques del actor corresponden a proposiciones normativas inexistentes, como las de que *“la disposición implica una presunción de perjuicios, una presunción de mala fe, una facultad de enriquecimiento sin causa a favor de la administración y la capacidad para tasar injustificadamente los perjuicios”*, pues el incumplimiento puede o no declararse y, solo sí se declara, se puede llegar a cuantificar los perjuicios, lo que implica que en modo alguno se presume el incumplimiento o los perjuicios y, en caso de haberlos, el resarcirlos no puede calificarse como un enriquecimiento sin causa. Al requerirse de un procedimiento administrativo, no se puede afirmar que se presuma la mala fe del contratista o su incumplimiento, sino que es menester probar tanto lo uno como lo otro, con plena garantía del debido proceso. En cuanto al argumento de que los perjuicios en el ámbito del contrato sólo pueden ser tasados por el juez, *“no se sustenta un verdadero parámetro de constitucionalidad, pues la Constitución no prohíbe a la administración expedir actos administrativos de carácter particular en los cuales imponga obligaciones a los particulares”*.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Este tribunal es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión “*cuantificando los perjuicios del mismo,*” contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Cuestión previa: la aptitud sustancial de la demanda.

2.1. Dado que la mayoría de los intervinientes y el Ministerio Público consideran que el concepto de la violación de la demanda no satisface los mínimos argumentativos de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, es menester estudiar, como cuestión previa, la aptitud de la demanda.

2.2. Las anteriores exigencias argumentativas son mínimas, pues el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad es una de las maneras que tiene el ciudadano de hacer efectivo su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, conforme a lo previsto en el artículo 40.7 de la Constitución y su acceso a la administración de justicia, según lo dispuesto en el artículo 229 *ibídem*. Así, pues, al momento de verificar dichos mínimos argumentativos, el rigor de este tribunal no puede llegar a ser tal que haga nugatorio este derecho fundamental. Por ello, el análisis de los requisitos de la demandada debe hacerse conforme al principio *pro actione*, de tal suerte que, incluso si existe una duda sobre la admisibilidad de la demanda, ésta debe resolverse a favor de su admisibilidad, de tal manera que este tribunal pueda pronunciarse de fondo sobre el asunto y no tenga que inhibirse de hacerlo.

2.3. En el primer cargo parte de la base de que la expresión demandada introduce una diferencia de trato entre la entidad estatal y el contratista. Se argumenta que al tratarse de dos partes en un contrato, ambas deberían tener los mismos derechos y obligaciones. No obstante, la norma demandada le permite a la entidad estatal seguir un procedimiento, en el cual obra como juez y como parte, que el actor califica de privilegio, sin reconocer al contratista una facultad semejante. Considera que esta diferencia de trato es injustificada, pues tanto la administración como el contratista deberían acudir ante el juez del contrato para probar en un proceso judicial la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento y obtener su cuantificación. Este cargo sigue un hilo conductor que lo hace comprensible; recae sobre una proposición jurídica real y existente, pues, en efecto, la expresión demanda brinda un trato diferente a las partes del contrato estatal cuando se trata de cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del mismo; advierte que esta diferencia de trato es contraria al preámbulo y al principio de igualdad, pues las partes del contrato deberían ser tratadas igual y la diferencia de trato de la expresión demandada es desmedida e inequitativa. En estas condiciones, al analizar el cargo conforme al principio *pro actione*, se aprecia que al menos *prima facie* surge una duda mínima sobre la exequibilidad de la expresión demandada. La argumentación del actor sobre la necesidad de que la diferencia de trato a las partes del contrato estatal debe estar justificada, se enmarca dentro de la doctrina reiterada de este tribunal, pues la peculiar personalidad del Estado o el interés público no son, *ab initio*, suficientes para

asumir que es viable una diferencia de trato a su favor, sin examinar si ésta está o no justificada.

2.4. Los cargos restantes parten de la base de que la cuantificación de los perjuicios, según la norma demandada, se sigue de manera necesaria de la declaración del incumplimiento del contrato, de tal suerte que no podría declararse el incumplimiento sin cuantificar los perjuicios. Esta previsión pasa por alto dos importantes circunstancias: (i) que no todo incumplimiento del contrato genera perjuicios y (ii) que no todos los perjuicios que se siguen del incumplimiento del contrato son imputables al contratista, pues en algunos de ellos puede haber circunstancias como las previstas en el régimen de exoneración de responsabilidad. En estas circunstancias, al menos *prima facie*, la expresión demandada parece facultar a la entidad estatal a cuantificar los perjuicios, sea que los haya o no y sin que importe la existencia de posibles circunstancias de exoneración de responsabilidad, lo cual, además de presumir la existencia de hechos y responsabilidades inciertas, atribuidas a la mala fe del contratista, por un mero celo formal, que puede no corresponder a la realidad, acaba en la práctica presumiendo la responsabilidad patrimonial del contratista, sin que exista una decisión judicial que sobre el asunto y declare, con fundamento en el material probatorio, dicha responsabilidad. En estas condiciones, examinado el segundo y el tercer cargo, se vislumbra que el entendimiento que del asunto se forma el actor es razonable, pues si bien puede existir duda respecto a la contradicción entre la expresión demandada y las normas constitucionales que señala como vulneradas, esta duda, conforme al principio *pro actione*, debe resolverse en favor de la admisibilidad de la demanda.

3. Problema jurídico.

Corresponde determinar si la expresión: la expresión: “*cuantificando los perjuicios del mismo,*”, contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al atribuir esta competencia a la entidad estatal, en el contexto de un procedimiento administrativo en el ámbito de los contratos estatales, ¿vulnera el principio de igualdad de trato (art. 13 CP), el derecho a un debido proceso (art. 29 CP), el principio de buena fe (art. 83 CP) y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP)?

Dada la estrecha relación que existe entre el segundo y el tercer cargo de la demanda, su estudio se hará de manera conjunta.

4. Primer Cargo: vulneración del preámbulo de la Constitución y del principio de igualdad de trato (art. 13 CP).

4.1. Alcance del cargo.

La demanda *sub examine* plantea que a pesar de tener la misma condición: la de parte en un contrato estatal, la expresión demandada prevé un trato distinto para la entidad estatal, a la que otorga competencia para cuantificar, por sí

misma, los perjuicios del incumplimiento del contrato, mientras que su contraparte no puede hacerlo. A su juicio, esta diferencia de trato, que califica de desmedida y de inequitativa, carece de justificación constitucional.

4.2. El margen de configuración del legislador en materia de contratación estatal. Reiteración de jurisprudencia.

4.2.1. En un Estado Social y Democrático de Derecho la contratación estatal, en tanto modalidad de la gestión pública, está regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal.

4.2.2. En el contexto de la contratación estatal, este tribunal ha fijado una serie de criterios para determinar el margen de configuración del legislador: (i) el legislador puede regular esta materia en diversas normas, que conforman un estatuto general de la contratación, de tal suerte que no está obligado a dictar un estatuto único de contratación (art. 150.25 CP); (ii) dada la amplitud de su competencia, que le permite *“expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración general”*, el legislador tiene un amplio margen de configuración *“para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender hacia el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho”*, dado que, como ya se advirtió, el contrato estatal *“no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado”*; (iii) dentro de este margen de configuración se puede regular *“los aspectos más significativos de la contratación pública”*, entre los que se encuentran, por ejemplo, las cláusulas o potestades excepcionales, la clasificación de los contratos, los deberes y derechos de las partes, la competencia y la capacidad para contratar, los principios fundamentales, las nulidades, el control de la gestión contractual, la responsabilidad contractual, la liquidación del contrato, la solución de controversias, etc., *“dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a parámetros constitucionales”*.

4.3. La igualdad como valor, principio y derecho. Reiteración de jurisprudencia.

4.3.1. La igualdad tiene un tripe rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma

que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al Legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el Legislador o por el juez; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que *“se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles”*.

4.3.2. La igualdad se reconoce y regula en varios textos constitucionales, como en el preámbulo, en los artículos 13, 42, 53, 70, 75 y 209. Esta múltiple presencia, como lo ha puesto de presente este tribunal, indica que la igualdad *“carece de un contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional”*.

4.3.3. Dado su carácter relacional, en el contexto de la acción pública de inconstitucionalidad la igualdad requiere de una comparación entre dos regímenes jurídicos. Esta comparación no se extiende a todo el contenido del régimen, sino que se centra en los aspectos que son relevantes para analizar el trato diferente y su finalidad. El análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del precepto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad. La complejidad de este juicio no puede reducirse a revisar la mera adecuación de la norma demandada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que requiere incluir también al otro régimen jurídico que hace las veces de término de la comparación. Ante tal dificultad este tribunal suele emplear herramientas metodológicas como el test de igualdad.

4.3.4. En tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico, aunque su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o a algunos de ellos. Este deber ser específico, en su acepción de igualdad de trato, que es la relevante para el asunto *sub examine*, comporta dos mandatos: (i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes.

4.3.5. A partir del grado de semejanza o de identidad, es posible precisar los dos mandatos antedichos en cuatro mandatos más específicos aún, a saber: (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común;

(iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.

4.4. Juicio integrado de igualdad: etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según su grado de intensidad. Reiteración de jurisprudencia.

4.4.1. El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.

4.4.2. El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado a un caso *sub judice*, este tribunal ha fijado una regla y varios criterios, como se da cuenta enseguida.

4.4.2.1. La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve o débil, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “*presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas*”. El test leve o débil busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en los cuales se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en los cuales está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, o en los cuales, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión.

4.4.2.2. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no

taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, *prima facie*, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

4.4.2.3. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

4.5. Caso concreto.

4.5.1. Si bien la demanda plantea que entre la entidad estatal y el contratista existe un criterio de comparación: la condición de parte dentro del contrato estatal, es necesario profundizar en esta materia, a partir de referentes normativos, para establecer si en realidad los dos extremos de la comparación son susceptibles de compararse, valga decir, si existe o no un patrón de igualdad o *tertium comparationis*.

4.5.1.1. Los contratos estatales, si bien son contratos, no son iguales a los contratos que celebran los particulares. Cuando una entidad estatal contrata está condicionada por el cumplimiento de unos fines precisos, previstos en la Constitución y en la Ley. En efecto, el artículo 2 de la Constitución señala los fines esenciales del Estado y el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 exige a los servidores públicos considerar estos fines al momento de celebrar y de ejecutar los contratos estatales.

4.5.1.2. La finalidad de los contratos estatales afecta de manera directa tanto los derechos como los deberes de las entidades estatales y de los contratistas, que tienen una regulación diferente. Dado que la entidad estatal es la principal responsable de cumplir con los fines esenciales del Estado y, por tanto, la que dispone de recursos públicos, su tarea frente a la celebración y a la ejecución de los contratos implica una responsabilidad especial, que va mucho más allá de la mera responsabilidad contractual, y que puede comprometer la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal de los servidores públicos involucrados. Los contratistas, si bien no son ajenos a los fines de los contratos estatales, tienen otros intereses, como los que corresponden a su

remuneración, a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato, etc.

4.5.1.3. La particular finalidad del contrato estatal no sólo afecta los derechos y las obligaciones de las partes, que son diferentes, sino que también incide en la normatividad aplicable al mismo. Conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, las normas aplicables al contrato estatal son las comerciales y civiles, salvo en las materias reguladas de manera especial por la ley. Entre las materias que tienen una regulación especial, que difieren con claridad de lo que suele ocurrir en las normas comerciales y civiles, se encuentran las denominadas potestades excepcionales de las entidades estatales, que son aplicables y se entienden pactadas incluso si no se consignan de manera expresa en el contrato. Estas potestades excepcionales no se reconocen a los contratistas.

4.5.1.4. Para efectos de establecer el criterio de comparación en el presente juicio integrado de igualdad es menester advertir que, en el plano legal, existen una serie de normas que brindan un trato distinto a las entidades estatales y a los contratistas, con fundamento en la especial finalidad que tiene el contrato estatal, que está determinada tanto por la Constitución como por la ley. Esta diferencia de trato es evidente en materia de las potestades excepcionales, como pasa a verse enseguida.

4.5.1.4.1. Sólo la entidad estatal puede interpretar unilateralmente el contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando surgen discrepancias sobre su sentido, si de ello se puede seguir la paralización o afectación grave del servicio público a satisfacer y no se llega a un acuerdo entre las partes. Al declarar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, en la Sentencia C-1514 de 2000, se puso presente que:

El legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto públicos como privados. En esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual. Antes bien, la Carta le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, como ocurre en materia laboral (C.P. art. 53) o en contratación pública (C.P. art. 2). Ello implica que la situación de las partes frente al contrato no necesariamente se rigen por relaciones de igualdad, sino que, habida consideración de circunstancias particulares - sujetos del contrato, su objeto, etc.-, resulta necesario partir del reconocimiento de que se está en presencia de una situación de desigualdad, que define connotaciones especiales de cada contrato.

(...)

De ello se deriva que en materia de contratación pública no se está en presencia de una situación *ab initio* de igualdad entre las partes contratantes, sino que una de ellas encuentra limitada su voluntad

contractual, la cual se sujeta a severas prescripciones normativas, tanto en lo que al objeto del contrato respecta (cumplir los fines estatales), como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc.

4.5.1.4.2. Sólo la entidad estatal puede modificar unilateralmente el contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, si es necesario para evitar la parálisis o la afectación grave del servicio público que deba satisfacerse con él, si no se llega a un acuerdo entre las partes. Al declarar exequible la expresión *“y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto mismo”*, contenida en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, en la Sentencia C-949 de 2001, se precisó que su ejercicio está reglado, en la medida en que requiere de unos supuestos fácticos y de un acto administrativo motivado.

4.5.1.4.3. Sólo la entidad estatal puede disponer la terminación anticipada del contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando las exigencias del servicio público lo requieran, la situación de orden público lo imponga, o cuando sobrevengan acontecimientos relevantes respecto del contratista, como cesación de pagos, su quiebra o embargos judiciales que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, o su muerte si es persona natural o su disolución si es persona jurídica.

4.5.1.4.4. Sólo la entidad estatal puede declarar la caducidad del contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando el incumplimiento del contratista afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que se puede llegar a su paralización. En la aludida Sentencia C-949 de 2001, al declarar la exequibilidad de las expresiones *“bien sea”* y *“o de otro contratista”*, contenidas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, se señaló que:

Finalmente, téngase en cuenta que la declaratoria de caducidad así como las restantes medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, son una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional.

4.5.1.5. Como se acaba de ver, el ejercicio de las potestades excepcionales no es discrecional, sino que requiere de un acto administrativo debidamente motivado. Estos actos administrativos están sometidos a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos previstos en el artículo 237 de la Constitución y en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En la Sentencia C-1436 de 2000, este tribunal declaró la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, *“bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos*

celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales". Para arribar a esta conclusión, se afirma que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preminencia de la autonomía de la voluntad y de la igualdad entre las partes, *"también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales"*. Las potestades excepcionales, en tanto manifestación del poder de la administración, *"sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia"*. La competencia de los árbitros en esta materia, se reduce a *"discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo"*.

4.5.1.6. Si bien existen razones para dar un trato diferente a la entidad estatal, como acaba de darse cuenta, no se puede pasar por alto que este tribunal, al analizar las potestades excepcionales en el contrato estatal, a partir de la Sentencia C-539 de 1999, ha puesto de presente que *"la existencia de los privilegios públicos no se pued[e] justificar en argumentos tales como la peculiar personalidad del Estado o el interés público, sino que era indispensable realizar un juicio de proporcionalidad (C.P. art. 5) en virtud del vínculo del Estado con la protección de los derechos constitucionales de los colombianos"*. Esta doctrina, reiterada en la Sentencia C-1514 de 2000, también prevé que en estos eventos se debe aplicar un test de igualdad leve o débil, dado el amplio margen de configuración que en esta materia tiene el legislador.

4.5.2. Luego de haber establecido que los supuestos de hecho son susceptibles de compararse, dada la excepcionalidad de las potestades exorbitantes y las particularidades que caracterizan el contrato estatal, corresponde establecer, para proseguir con el juicio integrado de igualdad, si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. El análisis que se hizo de la norma demandada mostró que, a pesar de que la entidad estatal y el contratista son iguales, en tanto partes del mismo contrato, sólo la primera puede cuantificar por sí misma, luego de seguir un procedimiento administrativo, los perjuicios que se hubieren causado como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del contratista. El contratista puede estimar dichos perjuicios, cuando sea la entidad estatal la que incumpla el contrato y, por ello, los cause, pero no puede cuantificarlos por sí mismo, ni tiene a su disposición un procedimiento para hacerlo. Por lo tanto, hay un trato diferente en lo fáctico y en lo jurídico a dos supuestos que son iguales.

4.5.3. En este contexto debe comprenderse el cargo *sub examine*, según el cual la potestad de la entidad estatal de cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista es desmedida e inequitativa, pues lo que en realidad se señala es que ésta resulta desproporcionada. Para establecer si la diferencia de trato antedicha está justificada, es menester emplear la

herramienta metodológica del test de igualdad que, como se precisó atrás, en este evento debe ser el leve o débil, dado el amplio margen de configuración que tiene el legislador en esta materia, y en vista de que no está de por medio una categoría sospechosa o semi sospechosa de discriminación. Por medio de este test se debe establecer si el fin y el medio no están constitucionalmente prohibidos y si el medio es adecuado para obtener el fin.

4.5.3.1. El fin perseguido por la norma demandada debe examinarse a partir de dos referentes, de los cuales se da cuenta en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 142 de 2010, Senado, que a la postre se convertirá en la Ley 1474 de 2011, como pasa a verse.

4.5.3.1.1. El primer referente es la justificación general del proyecto de la norma que busca *“fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, que es la siguiente:

IV. Justificación del proyecto

La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo.

Sin embargo, en el Barómetro Mundial de la Corrupción del año 2009 de Transparencia Internacional, Colombia ocupó el puesto 74 entre 184 países objeto de estudio, situación que demuestra claramente que pese a que se han realizado esfuerzos importantes para la reducción de este fenómeno, los mismos deben aumentarse y focalizarse, orientándose en sectores específicos, para el diseño de una política pública eficaz para la lucha contra la corrupción.

Es importante resaltar que las medidas adoptadas en nuestro país para la lucha contra la corrupción han desarrollado experiencias con resultados satisfactorios, pero también que aquel es un fenómeno dinámico cuyas manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, haciéndose cada vez más sofisticadas y difíciles de descubrir.

Esta situación ha sido reconocida por todos los sectores de nuestra sociedad y por ello el proyecto es fruto de un diálogo propositivo y de la colaboración entre el Gobierno Nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la corrupción, lo cual ha permitido la elaboración de medidas administrativas, disciplinarias, penales, fiscales y educativas que

desarrollan una política integral del Estado en contra de este fenómeno.

4.5.3.1.2. El segundo referente es la justificación específica del Capítulo VII del proyecto, que será también el Capítulo VII de la Ley 1474 de 2011, relativo a las disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, y en especial de la expresión demandada, que es la siguiente:

7. Séptimo capítulo: disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública

La Contratación Pública es el sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública; por ello es necesario realizar reformas puntuales para aumentar la transparencia y garantizar la sanción, la corrupción y el fraude en esta actividad estatal:

(...)

B. En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para premiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

4.5.3.1.3. La expresión demandada, que en el informe de ponencia está contenida en el artículo 89 y que en la Ley 1474 de 2011 aparece en el artículo 86, como se acaba de ver, tiene la finalidad general de luchar contra la corrupción y la finalidad específica de dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento. Ni la finalidad general ni la finalidad específica de la expresión demandada están prohibidas por la constitución. Por tanto, ambas son legítimas. Como lo reconoce el informe de ponencia para primer debate, uno de los escenarios más delicados en materia de corrupción es el de los contratos estatales y, como también lo destaca este informe, la protección del interés general, que prevalece sobre el particular, debe ser efectiva.

4.5.3.2. El medio empleado para obtener las anteriores finalidades: facultar a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo, luego de

haberse surtido un proceso administrativo, de haberse practicado pruebas y de haberse citado y oído al contratista y a su garante, tampoco está prohibido por la Constitución. Por lo tanto, es un medio legítimo. Esta facultad está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho. Además, frente a dicho acto administrativo el contratista o su garante pueden presentar, en la vía gubernativa, el recurso de reposición, y, además, pueden someter el acto administrativo al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.5.3.3. Al ser legítimos tanto los fines perseguidos como el medio empleado por la expresión demandada, resta por establecer si el medio es adecuado para conseguir el dichos fines. La cuantificación de los perjuicios por parte de la entidad estatal, que es una facultad que se desprende de la declaración unilateral del incumplimiento del contrato, es una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado y con el deber de dar cuenta de su decisión, y, en esta medida, también es adecuada para luchar contra la corrupción, en tanto representa una herramienta idónea para la intervención pronta y cumplida de la entidad estatal frente a prácticas que tienen una alta probabilidad de causarle perjuicios y que pueden deberse, en no pocos eventos, a prácticas corruptas.

5. Segundo cargo: vulneración del derecho a un debido proceso (art. 29 CP), del principio de buena fe (art. 83 CP) y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP)

5.1. Alcance del cargo.

La demanda *sub examine* plantea que la expresión demandada asume que del incumplimiento del contrato se siguen de manera necesaria unos perjuicios y que éstos son imputables al contratista. Por lo tanto, la expresión demandada parece dar por sentada la responsabilidad del contratista, lo que contraviene la presunción de buena fe que cobija sus gestiones ante la entidad estatal; pasa por alto lo que pueda revelar la realidad del contrato, en la cual puede no haber perjuicios o, de haberlos, puede ser que éstos no sean imputables al contratista; y desconoce el debido proceso en materia de prueba, que es este caso es necesaria para determinar la existencia y la cuantía de los perjuicios.

5.2. El derecho a un debido proceso.

5.2.1. El derecho fundamental a un debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, se aplica tanto en los procesos judiciales como en las actuaciones administrativas. Este derecho comprende una serie de garantías, conforme a las cuales las actuaciones ante los jueces o ante las autoridades administrativas, en su trámite, deben respetar los derechos de las personas involucradas y facilitar que se logre la aplicación correcta de la

justicia.

5.2.2. Hacen parte de las antedichas garantías: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo; y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

5.2.3. La rigurosidad de las garantías varía conforme al tipo de actuación de que se trate. En efecto, este tribunal ha precisado que en actuaciones que puedan comprometer la libertad personal u otros derechos fundamentales las garantías del debido proceso deben observarse con el mayor rigor, mientras que en otras actuaciones, como aquellas que no comprometen de manera necesaria los derechos fundamentales, su aplicación puede ser menos rigurosa.

5.2.4. Por su finalidad, entre la actuación judicial y la actuación administrativa hay algunas diferencias. En efecto, mientras que la actuación judicial busca resolver conflictos jurídicos, o defender la supremacía de la Constitución o el principio de legalidad, la actuación administrativa busca cumplir la función administrativa, en beneficio del interés general. Por ello, la actuación administrativa puede ser más ágil, rápida y flexible que la actuación judicial, *“habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública”*.

5.3. El principio de buena fe.

5.3.1. El artículo 83 de la Constitución prevé un deber a cargo de los particulares y de las autoridades públicas: ceñirse en sus actuaciones a los postulados de la buena fe, y una presunción: en las gestiones que los

particulares adelanten ante las autoridades públicas se presume su buena fe. Este tribunal, al precisar el sentido de este principio, ha puesto de presente su función integradora en el ordenamiento y su función reguladora de las relaciones entre los particulares y el Estado. En este contexto, ha destacado que el principio de la buena fe *“exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)””*, de tal suerte que se refiere a la *“confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*. La presunción de buena fe es una presunción de hecho, no de derecho. Por lo tanto, admite prueba en contrario.

5.3.2. Si bien la regla es la de que la buena fe se presume, en algunos casos excepcionales, este tribunal ha reconocido que la ley puede presumir la mala fe e incluso el dolo, que sería también una presunción de hecho, que admite prueba en contrario. Así ha ocurrido, por ejemplo, en las Sentencias C-544 de 1994, C-540 de 1995 y C-512 de 2013. En la primera sentencia declaró exequible el inciso final del artículo 768 del Código Civil, conforme al cual el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. En la segunda sentencia declaró exequible el artículo 769 del Código Civil, según el cual la buena fe se presume, salvo en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En la tercera sentencia declaró exequible el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, que prevé los supuestos en los cuales se presume el dolo y la culpa grave del gestor fiscal.

5.4. Prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.

5.4.1. El artículo 228 de la Constitución prevé que en las actuaciones que se adelanten ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. Este tribunal ha puesto de presente que el derecho formal o adjetivo, valga decir, el que rige el procedimiento tiene una función instrumental, pese a que de él depende la garantía del principio de igualdad ante la ley y en su aplicación y el freno a la arbitrariedad, no es un fin en sí mismo.

5.4.2. Al tener una función instrumental, el derecho formal o adjetivo es un medio al servicio del derecho sustancial, de tal suerte que su fin es la realización de los derechos reconocidos por el derecho sustancial. Entre uno y otro existe una evidente relación de medio a fin. De ahí que, la conducta de sacrificar el derecho sustancial, por el mero culto a la forma por la forma, se enmarque dentro de una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como es el caso del exceso ritual manifiesto.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Para una adecuada comprensión de este cargo, es menester estudiar el contenido del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, del cual hace parte la expresión demandada, en especial en cuanto atañe al procedimiento que allí se

regula para que la entidad estatal pueda cuantificar los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

5.5.2. En el primer inciso de este artículo se faculta a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, valga decir, a las entidades estatales, según aparecen definidas en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, para (i) declarar el incumplimiento del contrato, (ii) cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento, (iii) imponer las multas y las sanciones pactadas, y (iv) hacer efectiva la cláusula penal. De las antedichas facultades, la demanda cuestiona la segunda, a la que analiza de manera independiente a las restantes. Una interpretación no sistemática de este inciso conduce a la conclusión en la que se funda el cargo, valga decir, a que la expresión demandada da por sentada la existencia de perjuicios y la responsabilidad del contratista frente a ellos.

5.5.3. Para poder comprender el sentido del anterior inciso, es necesario hacer una interpretación sistemática de todo el contenido del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, para cuantificar los perjuicios, en el contexto de la responsabilidad contractual, como ocurre en este caso, es necesario considerar al menos dos circunstancias previas: la existencia o no del incumplimiento del contrato y, en caso de haber incumplimiento, si éste ha generado o no perjuicios. Por ello, no es casual que lo primero sea determinar lo que concierne al incumplimiento, que debe ser declarado por la entidad estatal por medio de resolución motivada, conforme al procedimiento previsto en los literales a), b), c) y d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

5.5.4. El procedimiento previsto en los literales aludidos inicia cuando la entidad estatal advierte, a partir de unos hechos y de un informe de interventoría o de supervisión, la existencia de un posible incumplimiento del contrato. Prosigue con la citación al contratista, al que se dará noticia expresa y detallada de tales hechos e informes, de las normas o cláusulas que habrían sido violadas y de las consecuencias que podrían derivarse de ello, para debatir lo ocurrido, en una audiencia, a la que también se convocará al garante. En la audiencia se volverá a dar cuenta de lo manifestado en la citación y se dará la oportunidad al contratista y al garante de presentar sus descargos, de aportar pruebas y de controvertir las pruebas presentadas por la entidad. La audiencia se puede suspender para practicar otras pruebas, sea de oficio o a petición de parte, cuando se estime que ellas son conducentes y pertinentes o necesarias. El procedimiento concluye con una resolución motivada en la cual se decide la declaración o no del incumplimiento. Por último, si la entidad estatal tiene noticia de la *“cesación de la situación de incumplimiento”*, puede *“dar por terminado el procedimiento”*.

5.5.5. El antedicho procedimiento, que debe seguirse de manera necesaria para que la entidad estatal pueda ejercer las facultades previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, garantiza que el contratista y su garante (i) serán informados en detalle y con los soportes correspondientes de los hechos en los que se funda la consideración de que el contrato se ha incumplido; (ii) tendrán la oportunidad de presentar sus descargos, dar explicaciones, aportar y

controvertir pruebas; (iii) conocerán en la misma audiencia la resolución motivada de la entidad estatal y podrán presentar contra ella el recurso de reposición, que se tramitará y resolverá en la audiencia. Incluso, es posible suspender la audiencia, por razones de práctica de pruebas o por “*cualquier otra razón debidamente sustentada*”. En estas circunstancias, la valoración probatoria, que es el fundamento de la resolución motivada por medio de la cual se cuantifica los perjuicios, no obedece a una presunción de mala fe del contratista, ni contraría la prevalencia del derecho sustancial, ni resulta de vulnerar el debido proceso en materia probatoria.

5.5.6. Como se advirtió atrás, la presunción de buena fe en las gestiones del contratista ante la entidad estatal, es una presunción de hecho y, por lo tanto, admite prueba en contrario. En el ejercicio probatorio que se hace en la audiencia, que incluye las pruebas recaudadas y practicadas por la entidad estatal y las solicitadas por el contratista y practicadas en ella, y que permite la contradicción de la prueba, no se parte de una presunción de mala fe del contratista, sino que con fundamento en medios de prueba aportados de manera regular, conforme a lo previsto en el procedimiento administrativo, se desvirtúa la presunción de buena fe que ampara a su gestión.

5.5.7. Al fundarse en lo que revelan los medios de prueba, en modo alguno la resolución motivada de la entidad estatal resulta de dar prevalencia a las formas sobre el derecho sustancial. Lo que ocurre es lo contrario, pues las formas que rigen el procedimiento brindan amplias oportunidades a las partes, para presentar y para controvertir pruebas y, sobre esta base, que no es formal, sino que es empírica, la entidad estatal da aplicación al derecho sustancial.

5.5.8. Por último, dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y prejuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respetan el debido proceso.

III. CONCLUSIÓN

1. La demanda. El ciudadano Flavio Efrén Granados Mora, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “*cuantificando los perjuicios del mismo,*” contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por vulnerar (i) el preámbulo y el principio de igualdad (CP, 13), por establecer una diferencia de trato injustificada en beneficio de las entidades estatales, a las que se faculta para cuantificar por sí mismas los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista; (ii) el derecho a un debido proceso (CP, 29), por presumir tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato, como por permitir su cuantificación sin un adecuado ejercicio probatorio; y (iii) la presunción de buena fe (CP, 83) y el principio de prevalencia del derecho

sustancial sobre las formalidades (CP, 228), por presumir los antedichos perjuicios y dar prelación al mero dicho de la entidad estatal frente a la realidad acreditada por medio de pruebas.

2. Cuestión previa. *La aptitud sustancial de la demanda.* Luego de analizar el concepto de la violación de los tres cargos formulados en la demanda, a la luz del principio *pro actione*, se pudo constatar que: (i) el primer cargo sigue un hilo conductor que lo hace comprensible; recae sobre una proposición jurídica real y existente, pues, en efecto, la expresión demanda brinda un trato diferente a las partes del contrato estatal cuando se trata de cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del mismo; advierte que esta diferencia de trato es contraria al preámbulo y al principio de igualdad, pues las partes del contrato deberían ser tratadas igual y la diferencia de trato de la expresión demandada es desmedida e inequitativa; en estas condiciones, al menos *prima facie*, surge una duda mínima sobre la exequibilidad de la expresión demandada; (ii) los cargos restantes, que se plantean a partir de las circunstancias verosímiles de que no todo incumplimiento del contrato genera perjuicios y de que no todos los perjuicios que se siguen del incumplimiento del contrato son imputables al contratista, al menos *prima facie*, muestran que la expresión demandada parece facultar a la entidad estatal a cuantificar los perjuicios, sea que los haya o no y sin que importe la existencia de posibles circunstancias de exoneración de responsabilidad, lo cual, además de presumir la mala fe del contratista, por un mero celo formal, que puede no corresponder a la realidad, acaba en la práctica presumiendo la responsabilidad patrimonial del contratista, sin que exista una decisión judicial que conozca del asunto y declare, con fundamento en el material probatorio, dicha responsabilidad; en estas condiciones, se vislumbra que el entendimiento que del asunto se forma el actor es razonable, que puede haber una contradicción entre la expresión demandada y las normas constitucionales que señala como vulneradas, y que los argumentos de su concepto de la violación son estrictamente constitucionales, al punto de generar una duda mínima sobre la exequibilidad de la aludida expresión.

3. Problema jurídico-constitucional. Corresponde determinar si la expresión: la expresión: “*cuantificando los perjuicios del mismo,*”, contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al atribuir esta competencia a la entidad estatal, en el contexto de un procedimiento administrativo en el ámbito de los contratos estatales, ¿vulnera el principio de igualdad de trato (art. 13 CP), el derecho a un debido proceso (art. 29 CP), el principio de buena fe (art. 83 CP) y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP)? Dada la estrecha relación que existe entre el segundo y el tercer cargo de la demanda, su estudio se hizo de manera conjunta.

4. Primer cargo: vulneración del preámbulo de la Constitución y del principio de igualdad de trato (art. 13 CP). En el análisis de este cargo se estudió el margen de configuración del legislador en materia de contratación estatal, para destacar su amplitud, los principios constitucionales involucrados y señalar los tres criterios que ha fijado este tribunal para determinarlo; la

igualdad como valor, principio y derecho; el juicio integrado de igualdad, sus etapas de análisis y las modalidades del test de igualdad. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para señalar las particularidades del contrato estatal, en especial su finalidad y la existencia de potestades excepcionales, que implican una diferencia de trato entre las entidades estatales y los contratistas; (ii) para advertir que la diferencia de trato no puede justificarse simplemente en la peculiar personalidad del Estado o en el interés público, sino que debe revisarse por medio de un test de igualdad; (iii) para constatar que en este caso, en lo fáctico y en lo jurídico, hay una diferencia en el trato dado a las partes del contrato; (iv) para destacar que el test a aplicar debe ser leve, dada la amplitud del margen de configuración del legislador en esta materia y la inexistencia de categorías sospechosas o semi sospechosas de discriminación; y (v) para, al aplicar el juicio integrado de igualdad y, dentro de él, el test leve de igualdad, verificar que los fines perseguidos por la norma demandada: luchar contra la corrupción y garantizar la protección efectiva del interés general, son legítimos; que el medio empleado para ello: cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, luego de haberse tramitado un proceso administrativo con su audiencia y con la práctica de pruebas, es también legítimo; y que el antedicho medio es adecuado para lograr tales fines.

5. Segundo cargo: vulneración del derecho a un debido proceso (art. 29 CP), del principio de buena fe (art. 83 CP) y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP). En el análisis de este cargo se estudió el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe; (iii) para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial; y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso.

6. Razón de decisión. Establecer, en el contexto de los contratos estatales, un trato especial en favor de las entidades estatales, para permitirles, en caso de

declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantificar los perjuicios que de él se deriven, en el marco de un procedimiento administrativo reglado, que prevé su audiencia y participación, y con fundamento en las pruebas en él practicadas, para luchar contra la corrupción y para garantizar la protección efectiva del interés general, tiene justificación constitucional y, en consecuencia, no desconoce ni el preámbulo ni los artículos 13, 29, 83 y 228 de la Constitución.

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, la expresión: “*cuantificando los perjuicios del mismo,*”, contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Presidente (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO LUIS GUILLERMO GUERRERO
PEREZ

Magistrado

Magistrado
Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado		GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado	JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado
ALBERTO ROJAS RIOS Magistrado	MYRIAM ÁVILA ROLDÁN Magistrada (E)

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General