001

Señores
MAGISTRADOS
HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

CORTE CONSTITUCIONAL
08 JUL 2013
SECRETARÍA GENERAL

REFERENCIA: **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**
NORMA DEMANDADA: **ARTÍCULO 90 DE LA LEY 1474 DE 2011**

D-9775

NILSON GIOVANNY MORENO LÓPEZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.398.607 de Bogotá D.C., en ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 40 Numeral 6° y 95 Numeral 7° de la Constitución, ante Usted, con todo respeto, me permito presentar acción de inconstitucionalidad contra el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 por contrariar los artículos 13 y 29 de la Constitución Política de Colombia.

PRIMERO: NORMA DEMANDADA:

La demanda de inconstitucionalidad se presenta en contra del artículo 90 de la Ley 1474 de 2.011, cuyo texto transcribo a continuación:

ARTÍCULO 90. INHABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO REITERADO. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas.

La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

PARÁGRAFO. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

SEGUNDO: NORMAS VIOLADAS.

2.1- Artículo 13 Constitución Política: Derecho a la igualdad.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

2.2- Artículo 29 Constitución Política: Derecho de defensa y Derecho al debido proceso.

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

TERCERO: SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

3.1- EN CUANTO A LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN.

3.1.1- El artículo 29 de la Constitución Política establece el derecho al debido proceso junto con el derecho de defensa, como derechos constitucionales en favor de toda persona.

3.1.2- El artículo 90 de la ley 1474 de 2.011 contempla una inhabilidad para contratar cuyo hecho generador depende exclusivamente de la administración, como quiera que el hecho que genera la inhabilidad consiste en la **imposición** de un determinado número de multas en una misma vigencia fiscal, o la **declaración** de un número determinado de incumplimientos contractuales en una misma vigencia fiscal.

3.1.3- El contratista puede ejercer su derecho de defensa en cada uno de los procesos de imposición de la sanción y en cada uno de los trámites de declaración del incumplimiento, pero no tiene ningún mecanismo de defensa ni facultad respecto de la fecha que la administración decida elegir para imponer la sanción o declarar el incumplimiento, y resulta que, la imposición de cinco multas, la declaratoria de dos incumplimientos, o la imposición de dos multas y un incumplimiento en una misma vigencia fiscal, son los hechos generadores de la inhabilidad, de manera que el contratista no cuenta con ningún mecanismo de defensa judicial respecto del hecho generador de la inhabilidad.

3.1.4- Se vulnera el derecho de defensa del contratista en la medida que no cuenta con ningún mecanismo de defensa respecto de la inhabilidad, que por la forma en que está redactado el artículo demandado se genera no por su propio hecho (del que se derivaría la multa o la declaratoria de incumplimiento) sino por un hecho de la administración consistente en la imposición de multas o declaratoria de incumplimiento dentro de un mismo periodo fiscal.

3.1.5- Que el hecho generador de la inhabilidad dependa de la administración, que es la que decide en cuál vigencia fiscal impone las multas o en cuál vigencia fiscal declara los incumplimientos, desnaturaliza el espíritu y la finalidad de la norma, pues la inhabilidad no dependerá del comportamiento del contratista sino de la voluntad de la administración.

3.1.6- La inhabilidad contemplada en la norma demandada no depende de la fecha en la que el Contratista incurre en el hecho generador de una multa o en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino de la fecha en la que la Administración le imponga la multa o le declare el incumplimiento.

3.2- EN CUANTO A LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN.

La norma acusada viola la Constitución Nacional en cuanto que, si bien establece una inhabilidad sobreviniente para el contratista reiterativamente incumplido, lo que resulta constitucional, lo hace con violación de los derechos constitucionales de los administrados, en tres aspectos diferentes:

3.2.1.- Desconoce la garantía de igualdad entre los administrados al eliminar la proporcionalidad entre el hecho generador y los efectos sancionatorios que conlleva.

3.2.2.- No mide la gravedad de los hechos que ameritan las multas o en los que consistió el incumplimiento sino que deriva la inhabilidad, de la imposición de multas, de cualquier tipo y gravedad y de cualquier incumplimiento, sin considerar que fueren leves o graves.

3.2.3. La norma demandada viola el derecho a la igualdad en cuanto generaliza la inhabilidad sin establecer trato igual frente a condiciones iguales, ni trato diferente frente a condiciones diferentes. Es decir, que diferentes casos de incumplimiento, y de diferente gravedad, importancia, potencialidad de daño o incidencia producen, sin justificación, el mismo efecto sancionatorio.

CUARTO: CARGOS DE VIOLACIÓN:

4.1- VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA – ARTÍCULO 29

4.1.1.1.1- Concepto de inconstitucionalidad:

La explicación más básica del derecho al debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado o sancionado sino por sus propios hechos, por sus propias actuaciones, por sus propias culpas y por sus propios dolos en cuanto es respecto de ellos de los que puede responder y en relación con ellos con los que puede dar justificaciones y explicaciones y finalmente ejercer su derecho de defensa.

En términos coloquiales, el administrado tiene la capacidad y el derecho de administrar sus propios incumplimientos y es por el ejercicio de ese derecho que se le pueden imponer sanciones, multas o declarar incumplimientos, en una relación de derecho en la cual el administrado incumple y sabe a lo que se atiene.

De igual manera, la Administración tiene el derecho de abstenerse de contratar a contratistas reiterativamente incumplidos y es en relación con ellos que se debe predicar la inhabilidad.

Lo que no puede ocurrir es que sea la propia Administración la que decida, sin fórmula de juicio, a cual de los contratistas incumplidos le aplica la inhabilidad, por el simple medio de **imponer las multas o declarar los incumplimientos** en una u otra vigencia fiscal ya que esta condición resulta inconstitucional.

Como viene la norma acusada, queda al arbitrio de la Administración imponer la quinta multa a un contratista que ha incumplido sus obligaciones cinco veces en el mismo año, en la vigencia fiscal siguiente, con lo que le evita la inhabilidad o acumular los incumplimientos de varios años, para imponer las multas en una sola vigencia fiscal con lo que le impone la inhabilidad por incumplimientos ocurridos en distintos años.

De hecho, los incumplimientos que se presente en los últimos meses del año, seguramente solo podrán ser investigados y sancionados en la vigencia fiscal siguiente con lo que los incumplimientos del contratista, para efectos de la inhabilidad, quedan perdonados.

Entonces, a nadie, salvo los casos de representación legal, se le pueden imponer sanciones por los hechos o actuaciones de otros, a los que no controla, y es en este punto donde el artículo 90 de la Ley 1474 de 2.011 acusado viola la Constitución.

En efecto, la sanción de inhabilidad se produce para el contratista, no por sus propios hechos o actuaciones, o culpas o dolos, sino por la vigencia fiscal en la que la Administración le impone o le puede imponer multas, o le declara incumplimientos, con dos efectos de inconstitucionalidad inmediatos:

a. El hecho generador de la sanción de inhabilidad lo constituye el acto positivo de la Administración mediante el cual impone la multa o declara el incumplimiento y no la contravención en que haya incurrido el contratista; y,

b. Como se trata de un hecho subsecuente a un acto de la administración, y no de un acto positivo, carece de recursos y por tanto deja al administrado sin posibilidad de ejercer su derecho de defensa, el que pudiera considerarse respetado durante el proceso en el que se impuso la multa o se declaró el incumplimiento, pero que no existe frente a la vigencia fiscal en el que la multa o la declaratoria de incumplimiento se producen, con lo que queda al arbitrio inconstitucional de la Administración la imposición de la multa o la declaratoria de incumplimiento en la vigencia fiscal que pueda causar mayor o menor daño al administrado o en la que lo puede beneficiar.

En este caso el administrado, nuevamente en términos coloquiales, incumple, pero no sabe a lo que se atiene, y la Administración adquiere la facultad de favorecer o perjudicar al administrado sin que este último se pueda defender.

Y es que, con el Artículo acusado el administrado no puede saber si sus incumplimientos le han de generar una inhabilidad para contratar con el Estado, porque esa inhabilidad no depende de sus incumplimientos sino de la vigencia fiscal en la que la Administración le imponga multas o declare sus incumplimientos, lo que puede ocurrir en la misma vigencia fiscal en la que se hayan presentado esos incumplimientos, pero también, acumulativamente o separadamente, en ejercicios fiscales posteriores con lo que, como puede apreciarse, se pierde la finalidad de la norma.

Por otra parte, la norma constitucional en materia administrativa encuentra su desarrollo en el ART. 17 de la ley 1150 de 2007, que establece:

"***Del derecho al debido proceso.*** *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que

deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato".

Esta norma, que desarrolla la constitución, establece y reconoce que, en materia sancionatoria, ámbito dentro del cual se enmarca la inhabilidad para contratar con el Estado, debe preceder a la sanción, una audiencia donde se le garantice al administrado el derecho de defenderse o de acreditar el cumplimiento de las obligaciones pendientes a su cargo.

La norma que se acusa, establece una sanción legal de inhabilidad como efecto de otras sanciones, pero frente a ella, en sí misma, no existe la posibilidad de ejercer forma alguna de derecho de defensa, ya que no existe un acto positivo que la imponga ni una autoridad administrativa que responda por ella, de manera que el daño para el administrado se convierte en irreparable, cuando se le acumulan sanciones por hechos ocurridos en diferentes vigencias fiscales y a la administración se le causa un grave daño cuando se posterga la imposición de sanciones a los contratistas para una vigencia fiscal a aquella en la que ha ocurrido su incumplimiento.

Así, aunque la administración cuenta con un tiempo máximo establecido por ley para el inicio de las actuaciones sancionatorias, no existe un marco normativo que garantice la legitimación de las actuaciones durante el lapso de tiempo en que puede hacerlo la administración, lo que impide al administrado ejercer de forma directa el derecho a la defensa pues se libera a la Administración para fallar según su simple conveniencia con efectos sancionatorios distintos para el contratista, dependiendo del ejercicio fiscal en el que haya de decidir.

La razón de la inconstitucionalidad, por este aspecto, radica principalmente en la circunstancia de que la norma hace depender la inhabilidad de la fecha de imposición de las sanciones y de la declaratoria de incumplimiento, que son del resorte exclusivo de la administración, y no de la fecha de ocurrencia de los hechos que ameritan la imposición de las multas o la declaratoria del incumplimiento que son, esos sí, del resorte directo del CONTRATISTA.

El hecho de establecer como punto de referencia para la imposición de una inhabilidad un acto de la administración, es en sí mismo un gesto desproporcionado para el administrado quien, en su posición de debilidad frente a la administración, está expuesto a incurrir en una inhabilidad no como consecuencia directa de un hecho suyo en contravención con lo pactado con la administración, sino como consecuencia de una actuación realizada con posterioridad, por la discrecionalidad de la administración.

La desproporcionalidad se hace más evidente si se tiene en cuenta que la administración no actúa de acuerdo a parámetros establecidos para el desarrollo de la investigación, ni lineamientos concretos de actuación dentro del término legal, sino simplemente de acuerdo a su criterio y discrecionalidad, lo que de

frente al desarrollo del artículo 90 de la ley 1474, termina significando que **depende de la administración** si una sanción o la declaratoria de incumplimiento de un contrato **ocurre dentro de una misma vigencia fiscal,** y no del administrado, que es finalmente quien realizó la conducta y sobre quien recaerá la inhabilidad.

Ahora, entendiendo el derecho al debido proceso, ya no desde el aspecto puramente formal, como se deriva de la literalidad de las normas, sino sobre un aspecto material, como *"una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal* ***y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad*** *que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión"*[4] se ve violado mediante la inhabilidad contemplada en el artículo 90 de la ley 1474 de 2011, por cuanto establece una sanción **partiendo de un hecho de la administración** y no, de acuerdo a los hechos que el mismo particular comete en contravención con la administración generando un desequilibrio en la relación contractual entre administrado y administración lo que deriva en una **conducta potencialmente abusiva** por parte de la administración.

*Es así como el debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales (**Sentencia T-1263/01**).* Así, si mediante la aplicación de un castigo como lo es la inhabilidad establecida en el artículo 90 de la ley 1474 de 2011, no se tiene en cuenta dicho derecho y por el contrario pasa desapercibido, se realizan actos que contravienen directamente la Constitución por violación al debido proceso.

El análisis realizado sobre la vulneración en que incurre el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 de los artículo 13 y 29 de la Constitución Política, al establecer como elemento esencial para la imposición de una inhabilidad un hecho de la administración y no del contratista, evidencia un perjuicio para el administrado y una violación directa a la Constitución y los derechos que le corresponden al particular cuando se relaciona con la administración, mostrando cómo el administrado se encuentra en una situación de inseguridad y desprotección frente a la administración, la que, de forma discrecional puede acomodar sus actuaciones, con justificaciones pero sin fundamento, para perjudicar al administrado e imponerle las sanciones correspondientes a varios hechos dentro de una misma vigencia fiscal, así los hechos que las ameritan hayan ocurrido en otras vigencias, de manera que se genere como efecto la inhabilidad, simplemente por la voluntad de la Administración.

En cuanto a la violación del derecho de defensa, frente a la inhabilidad de que se trata, el Contratista no cuenta con ningún mecanismo de defensa judicial que le permita discutir la imposición de una o varias sanciones **en un mismo periodo fiscal.**

---

[4] Sentencia No. C-214/94

En efecto, como ya se ha señalado, la inhabilidad contemplada en la norma demandada se deriva de la imposición de un número de multas en un periodo determinado, con independencia de la fecha en la que tuvieron lugar los hechos susceptibles de generar la imposición de la multa. Como quiera que la Administración de manera autónoma decide el momento en el que impone la multa, la inhabilidad consagrada en la norma pierde toda objetividad pues es del arbitrio exclusivo de la administración elegir a quién inhabilita y a quién no, lo que puede hacer imponiendo todas las multas en un mismo periodo o distribuyéndolas en varios periodos para evitar la inhabilidad del contratista.

Como se ha dicho a lo largo de este escrito, es la administración la que en últimas determina si una serie de conductas o hechos susceptibles de multa o de ser declarados como incumplimiento generan: (i) o una inhabilidad para el contratista, en cuyo caso se impondrían las cinco multas y se declararían los dos incumplimientos en una misma vigencia fiscal; (ii) o no generan ninguna inhabilidad para el contratista, y las cinco multas se imponen en diferentes vigencias fiscales y los dos incumplimientos se declaran también en distintas vigencias fiscales, y es precisamente frente a tal situación que el administrado no cuenta con ningún mecanismos de defensa judicial.

Al respecto es necesario advertir que no se debe confundir en este punto la discusión sobre la imposición de cada multa de manera individual, ni la existencia de una inhabilidad para infractores reiterados, con el hecho de incurrir en una causal de inhabilidad por haber sido impuestas cinco sanciones o declarados dos incumplimientos en un mismo periodo fiscal, que es el hecho del que se deriva la inhabilidad y es respecto del cual no existe ningún mecanismo de defensa judicial.

No se discute que el administrado cuenta con todas las garantías para defenderse y actuar en cada proceso o trámite de sanción. Lo que se cuestiona es que frente al hecho del que se deriva la inhabilidad, que consiste en la imposición de cinco sanciones en un mismo periodo fiscal, el administrado no cuenta con ningún mecanismo de defensa judicial pues como se ha visto, la administración puede, a su arbitrio, imponer dichas multas en un solo periodo fiscal en cuyo caso se produciría la inhabilidad, o dilatar su imposición en dos o tres periodos fiscales diferentes, distribuyéndolas de manera que el contratista no incurra en la inhabilidad, lo que desnaturaliza el espíritu de la norma y constituye una violación directa de la constitución.

4.1.1.2- Oposición objetiva entre el contenido del texto que se acusa y el artículo 29 de la Constitución Política.

El texto acusado contempla la inhabilidad para los siguientes eventos:

(i) En los que se **impongan** cinco o más multas durante una misma vigencia fiscal.

(ii) Cuando haya sido objeto de **declaratoria** de incumplimiento contractual en por lo menos dos contratos en una misma vigencia fiscal.

(iii) Haber sido objeto de **imposición** de dos multas y un incumplimiento durante una misma vigencia fiscal.

De las hechos generadores de la inhabilidad mencionados, se evidencia que todos ellos dependen exclusivamente del arbitrio de la administración, pues es la administración la que puede decidir si **impone** cinco o más multas en una misma vigencia fiscal, si **declara** el incumplimiento de dos contratos en una misma vigencia fiscal, o si **impone** dos multas y **declara** un incumplimiento en una misma vigencia fiscal.

El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, por su parte, establece el derecho que tiene toda persona al debido proceso y puntualmente el derecho a la defensa y es precisamente dicho derecho el que se ve vulnerado por la disposición normativa demandada.

En efecto, el contratista que es susceptible de ser sancionado no cuenta con ningún mecanismo de defensa judicial, ni tiene oportunidad para ejercer su derecho de defensa respecto de la inhabilidad derivada de la imposición de cinco multas en una misma vigencia fiscal, o de la declaratoria de dos incumplimientos de contratos en una misma vigencia fiscal, pues la época y el momento en el que tengan lugar la **imposición** de las multas y la **declaratoria** del incumplimiento, es del arbitrio exclusivo de la administración.

4.2- VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

4.2.1- Concepto de inconstitucionalidad:

4.2.1.1- Violación directa al derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad no consiste en la aplicación de las mismas medidas y consecuencias para todas las personas sin consideración a sus circunstancias específicas, sino en la ***identidad de trato para situaciones iguales****, en el entendido implícito de que, a la inversa,* ***para corresponder a la igualdad, ella exige trato divergente para hipótesis distintas***[2]***.***

El artículo 90 de la Ley 1474 de 2.011 contraviene el derecho constitucional a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, al hacer producir el mismo efecto sancionatorio, esto es, la inhabilidad, al acto de la imposición de multas o declaratorias de incumplimiento por parte de la Administración, sin considerar el tratamiento distinto que debe corresponder a los hechos que generan la imposición de cada multa o cada evento de incumplimiento, ni la gravedad de los mismos ni la proporcionalidad entre el hecho generador y la sanción, que es el factor técnico del principio de la igualdad.

Al establecer el artículo acusado, que la inhabilidad se impondrá a quienes hayan sido objeto de sanciones dentro de un mismo periodo fiscal, y no a quienes hayan realizado hechos o actos dentro de un mismo periodo fiscal, que hayan dado como

[2] Sentencia T-207 de 1997 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

resultado sanciones o declaratorias de incumplimiento por parte de la administración, se contraría el derecho a la igualdad que tienen los administrados en la medida que la inhabilidad termina produciéndose, no por el comportamiento de los administrados, distinto o igual , sino por el comportamiento de la Administración, según imponga la multa en una o en otra vigencia fiscal, lo que depende exclusivamente de la administración y no del administrado. .

Así, similares incumplimientos, de dos contratistas distintos, ocurridos en el mismo ejercicio fiscal pueden generar multas en ejercicios fiscales diferentes, por lo que podrá uno de ellos quedar inhabilitado y el otro no, generándose la inhabilidad para uno solo de ellos dependiendo del momento en que la Administración imponga la multa, en uno o en otro ejercicio fiscal, sin que haya otra justificación para ese tratamiento distinto de la discrecionalidad de la Administración, lo que no es constitucional. Dos hechos iguales, cometidos por dos administrados en una misma fecha pueden ser sancionados en dos vigencias fiscales diferentes, con efectos de inhabilidad distintos, lo que evidencia la violación directa a los postulados constitucionales y al principio de Igualdad.

Y es que, como lo establece la Corte, "*el poder que se reconoce a la administración, para la aplicación de estas normas,* ***no es ilimitado y discrecional, pues, la función sancionadora debe ejercerse dentro de los límites de la equidad y la justicia***"[3] (Negrilla y subrayado fuera de texto) por lo que dejar la inhabilidad para contratar sujeta a la imposición de una sanción pendiente de una actuación por parte de la Administración, no está de ninguna manera dentro de los límites de la equidad y la justicia. Menos aún, cuando dicha actuación no está siquiera guiada por lineamientos legales que garanticen la igualdad y la justicia, sino por el contrario, muestran la injusticia en que puede incurrir la administración al ejercer la discrecionalidad con la que ha sido facultada por ley.

El contenido del artículo 90 en cuanto se refiere a la inhabilidad entendida como *aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado...*[4], también vulnera de manera directa el principio de proporcionalidad que debe regir en toda actuación que se lleve a cabo dentro de la relación administración – administrado, tendiente a limitar los excesos en que puede incurrir la administración en el ejercicio de la potestad sancionatoria, pues el artículo en mención no discrimina ni diferencia entre los grados de sanciones o incumplimientos en que se puede incurrir dentro de la relación con la administración, por el contrario le da a todos ellos el mismo trato y sanción, sin tener en cuenta, nuevamente que "***El derecho a la igualdad no consiste en la aplicación de las mismas medidas y consecuencias para todas las personas sin consideración a sus circunstancias específicas****, sino en la identidad de trato para situaciones iguales, en el entendido implícito de que, a la inversa, para corresponder a la igualdad,* ***ella exige trato divergente para hipótesis distintas***[5]. Es decir, la imposición de sanciones como la, inhabilidad,

[3] Sentencia C-160/1998
[4] Sala plena junio 9/88
[5] Sentencia T-207/97

indistintamente a todos los infractores de la administración, sin importar la gravedad de la infracción, vulnera el derecho a la igualdad al dar las mismas consecuencias a hipótesis diferentes.

4.2.1.2- Violación al principio de proporcionalidad en relación al derecho a la igualdad.

La inhabilidad, a la que se refiere la norma, aplica igualmente para los contratistas a los que se les hayan impuesto multas leves y declarado incumplimientos leves que para aquellos a los que se les haya impuesto multas graves y declarado incumplimientos graves, indistintamente, cuando el principio de la igualdad exige que exista un tratamiento diferencial para cada uno de esos eventos, relacionado directamente con la proporcionalidad.

Y esto no puede, constitucionalmente, ocurrir así porque no es igual, y al no ser igual es distinto, que los efectos que se sigan para un contratista que incurre en algunos incumplimientos leves, que no causan daño ni perjuicio a la entidad contratante, en contratos donde las prestaciones sean muchas, terminen siendo iguales a los que se sigan para un contratista que presente un solo incumplimiento, pero que sea grave y que cause grave daño o perjuicio a la entidad contratante, en contratos de una sola prestación.

En los dos casos, la sanción debe ser proporcionada a la gravedad y peso específico de los incumplimientos, de frente a los contratos, pero la norma atacada iguala esos efectos, despreciando las diferencias y con ello rompiendo el principio de igualdad en cuya violación fundamentamos la inconstitucionalidad demandada.

La proporcionalidad, como principio, exige para la administración el estudio de los hechos, obligación e incumplimiento para asignarle una sola de las diversas sanciones imponibles, en cada caso concreto y es en relación con ese estudio y esa asignación con los que el contratista puede ejercer su derecho de defensa.

Ahora bien, como quiera que el régimen sancionatorio aplica para casos concretos, en cada uno de esos casos se debe aplicar la proporcionalidad para efectos de medir la sanción, considerando las variables que la explican, entre las cuales las hay de clases diferentes:

Las subjetivas, que tienen que ver con el efecto perjudicial o dañoso que puedan causar los incumplimientos de los contratistas, o el riesgo que generen esos incumplimientos para el cumplimiento total del contrato ; y,

Las objetivas, que se expresan en forma de aplicación matemática sobre los valores expresables en números y que miden, por ejemplo, el valor en números del incumplimiento frente al valor en números del contrato o la cantidad de prestaciones incumplidas frente a la totalidad de las prestaciones contratadas, o, en fin la relación que se produzca entre los unos y los otros factores de medición, pero siempre con criterios de justicia, equidad y equilibrio contractuales.

Esta manifestación del derecho constitucional a la igualdad simplemente desaparece cuando una norma, como el artículo 90 que se acusa, asimila e iguala todas las multas y sanciones que se impongan a los contratistas, desconociendo el necesario trato diferente a las diferentes condiciones y circunstancias de imposición de cada multa y de cada incumplimiento.

Así, dos multas impuestas por hechos distintos, unos graves y otros leves o sin importancia relativa, para efectos del Artículo 90, tienen la capacidad de producir exactamente los mismos efectos y lo que resulta aún más lesivo frente al derecho a la igualdad, dependiendo de le época en que la Administración la imponga, el efecto de inhabilidad se puede dar como consecuencia de la imposición de la más leve, quedando impune el contratista que incurrió en el incumplimiento más grave.

En los dos casos habrá, sin lugar a dudas, la posibilidad de imponer una multa, pero de ninguna manera resulta proporcional ni constitucionalmente legítimo que las dos multas, la una leve y la otra grave, produzcan como efecto la misma inhabilidad, que es el efecto inconstitucional que produce la norma acusada.

De acuerdo al artículo 13 de la Constitución Política, la multa debe ser proporcional a la gravedad de la sanción, pues en virtud del derecho a la igualdad en él contenido, debe dársele un tratamiento y unos efectos distintos a situaciones diferentes. En contravención a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 genera la inhabilidad sin consideración a la gravedad de las multas, y a la gravedad y proporcionalidad de los hechos que las hayan causado.

4.2.2- Oposición objetiva entre el contenido del texto que se acusa y el artículo 13 de la Constitución Política.

El texto acusado contempla una sanción de inhabilidad a quienes le sean impuestas cinco multas y/o declarados dos incumplimientos en una misma vigencia fiscal, sin discriminar, graduar ni determinar la gravedad de la conducta objeto de la multa o constitutiva del incumplimiento, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada comportamiento ni la gravedad que tenga cada multa o cada incumplimiento.

La Corte Constitucional en varias providencias, algunas anteriormente ya citadas, ha manifestado, en relación al alcance que le ha dado al derecho a la igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, que la igualdad debe ser efectiva y real, de manera que a las conductas que son iguales debe corresponderles sanciones iguales y a las conductas que no son iguales, que son distintas deben corresponderles sanciones que no sean iguales, que sean distintas.

Se vulnera el principio de igualdad cuando se establece una norma de carácter general que impone la misma sanción de inhabilidad a personas que han incurrido en comportamientos distintos, con independencia de la gravedad de los comportamientos en los que cada uno haya incurrido y aún de las sanciones que se le hayan impuesto.

4.2.3.- En cuanto a la libertad de configuración legislativa y sus límites.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la libertad de configuración legislativa debe ajustarse a los fines constitucionales y a los derechos fundamentales, pues es en estos donde encuentra su límite de acción.

En la sentencia C-713 de 2009 se hace referencia a la potestad de configuración del Congreso para regular los aspectos más significativos de la contratación pública, pero dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales. En la sentencia C-370 de 2012 se advierte que la libertad de configuración del legislador no es absoluta ya que debe ejercerse dentro de los principios y valores constitucionales, y especialmente dentro de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del derecho sustancial sobre lo adjetivo. Y en la sentencia **C-404/01** se establece como principio general de la libertad de configuración legislativa, que *a mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador*... haciendo referencia a que "a *mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley*". De esta manera, se evidencia cómo el principio de libertad legislativa encuentra su límite de acción en los preceptos constitucionales y una directa violación de la constitución, cuando, mediante el ejercicio de la libertad de configuración legislativa, se crean normas que desconocen de manera evidente derechos constitucionales como lo son, en el caso particular de la norma acá demandada, los derechos a la igualdad, al debido proceso y el derecho a la defensa.

En esta medida, para determinar la existencia de sanciones como la inhabilidad que se demanda, es necesario que el legislador se oriente por criterios de proporcionalidad y razonabilidad y, especialmente por los principios de lesividad y necesidad, cosa que no sucede con el contenido de la norma demandad, pues aun cuando el legislador está facultado para tipificar las conductas susceptibles de inhabilidad y la intención perseguida con ello se ajusta plenamente a la constitución, no puede hacerlo mediante el desconocimiento de los principios constitucionales, y en especial, del principio de igualdad y proporcionalidad,. Por lo tanto, la inhabilidad establecida debe orientarse por el principio de proporcionalidad, de manera que se establezcan criterios respecto de la graduación de las conductas objeto de multa e incumplimiento, para evitar que a conductas distintas que lesionan en distinto grado y de diferente manera el respectivo contrato, se apliquen las misma consecuencias de inhabilidad, o que por el contrario, se apliquen diferentes consecuencias, de frente a incumplimientos iguales

Pero además de lo anterior, la libertad de configuración legislativa en esta materia debe establecer el conjunto de enunciados normativos de orden procesal, como lo son los requisitos y condiciones en que proceden, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, que regulen la facultad constitucional otorgada a la administración dentro de lineamientos de proporcionalidad y razonabilidad. Cosa que no sucedió con la norma demandada. Es decir, la disposición normativa que consagra la inhabilidad debería haber estado acompañada de la normatividad de orden procesal que regule la facultad de imponer esa sanción de inhabilidad, lo que no ocurre con la norma demandada que contempla la inhabilidad a partir de la decisión de la administración de imponer multas o declarar incumplimientos en una misma vigencia fiscal, sin indicar la oportunidad procesal para controvertir la inhabilidad, ni los mecanismos

de defensa con los que cuenta el contratista respecto de una decisión que es de carácter exclusivo de la administración y que le repercute al administrado en la medida que le genera una inhabilidad con las consecuencias anotadas en la norma.

En cuanto al juicio o test de igualdad que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, en relación con este caso, la sentencia C-253A de 2012 contempla los diferentes juicios que pueden hacerse a una norma para hacer el escrutinio de igualdad, y establece el test estricto, el test leve, y un test intermedio.

En este caso, el principio constitucional que se considera vulnerado es el principio de igualdad, pero independientemente de ello, incluso al hacer el análisis a la luz del test leve, se evidencia que la inhabilidad contenida en la norma demandada resulta inconstitucional por no establecer criterios ni grados de proporcionalidad en relación con las multas de las que puede derivarse la inhabilidad.

Al realizar el juicio intermedio al que se refiere la sentencia C-253ª de 2.012, se evidencia la inconstitucionalidad de la norma, como quiera que, si bien el fin o fines perseguidos son legítimos y resultan constitucionalmente importantes, el trato que se da no es adecuado y no resulta conducente para alcanzar el fin o los fines perseguidos por la norma.

El trato dado por la norma no es el conducente, pues la graduación y ponderación de las conductas, y por lo tanto de la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento, no se ven afectadas si se realiza una ponderación y graduación de los comportamientos que son susceptibles de ser multados.

Tampoco resulta adecuada la medida de equiparar todas las multas y todos los incumplimientos, sin ningún criterio de valoración ni de graduación de la sanción de inhabilidad, pues de tal decisión no se deriva ninguna acción coercitiva que lleve al contratista a cumplir y abstenerse de incurrir en conductas que sean objeto de multa o que supongan un incumplimiento.

Además de lo anterior, la finalidad de la norma se ve afectada en la medida en que, la discrecionalidad con la que cuenta la administración para imponer una sanción en uno u otro periodo fiscal, independientemente del momento en que tenga lugar el hecho generador de la sanción objeto de inhabilidad, puede dar la lugar a que un contratista que incumpla de manera reiterada con la administración en un mismo periodo fiscal, no quede cobijado con la inhabilidad por cuanto la administración le impone las sanciones o declara los incumplimiento de manera diferida en más de un periodo fiscal.

4.2.4- Análisis de proporcionalidad de la norma demandada.

a). Si la medida es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido;

Evidentemente la medida establecida en el artículo demandado es adecuada en tanto persigue un fin constitucionalmente válido como lo es la protección de la

administración frente a los contratistas reiterativamente incumplidos, en la forma de inhabilidad para contratar, sea previa o sobreviniente.

No es por este aspecto que se acusa la norma.

b). Si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrifico menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto;

En este punto se evidencia la inconstitucionalidad de la norma.

En primer lugar, como se ha expresado, basta y bastaría para asegurar el mismo fin pretendido con la norma que la inhabilidad se haga depender de los hechos del contratista en que incurra en una misma vigencia fiscal y no de la imposición de las sanciones sobre esos hechos, con lo que se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa de los contratistas y por tanto no se sacrificarían esos principios constitucionales: y

En segundo lugar, basta y bastaría para asegurar el mismo fin pretendido con la norma que los incumplimientos que puedan generar la inhabilidad correspondan a sanciones graves, por hechos graves, definiendo esas categorías con claridad suficiente para que rija para todos los procesos contractuales y para la ejecución de todos los contratos, con lo que se deja a salvo el derecho a la igualdad;

c). Si la norma pasa un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual se determine si el trato no diferenciado sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada, en relación de medio a fin.

En este punto queda ratificada la inconstitucionalidad que se pretende.

En efecto, el Fin de la norma es la inhabilidad del contratista reiterativamente incumplido.

El medio, inconstitucionalmente establecido, es la sumatoria de multas y declaratorias de incumplimiento impuestas por la administración en un mismo ejercicio fiscal, sin calificación.

El trato no diferenciado genera la inconstitucionalidad que se alega por violación al principio de igualdad, como quiera que genera la inhabilidad en idénticas condiciones y con los mismos efectos respecto de comportamientos que pueden ser sustancialmente diferentes y cuya graduación no aparece reconocida en la norma.

Como está redactada la norma demandada, cinco comportamientos graves del contratista que afectan notoriamente el cumplimiento del contrato, que ameriten la imposición de una multa pueden no generar ninguna inhabilidad para el contratista si la administración no impone todas las multas en un mismo periodo

fiscal; mientras que cinco conductas leves de otro contratista que no afectan el cumplimiento del contrato, sí podrían conducir a la inhabilidad, si la administración impone la totalidad de las multas en la misma vigencia fiscal.

Se tiene entonces que dos comportamientos contractualmente distintos, uno leve y uno grave, pueden eventualmente ser objeto de la misma sanción, la inhabilidad, sin ninguna diferenciación, e incluso podría darse el caso de que los comportamientos graves no derivaran en la inhabilidad mientras que los comportamientos leves sí. El mismo análisis puede hacerse respecto de la declaratoria de incumplimiento.

La ausencia de graduación de las conductas susceptibles de generar la inhabilidad, vulnera el principio de igualdad, pues se está dando un tratamiento igual a conductas que no son iguales.

La proporcionalidad aparente que ofrece la norma se sigue de la aplicación igual, para todos los contratistas, de la sumatoria de multas y declaratorias de incumplimiento impuestas por la administración, pero esa proporcionalidad aparente, lo que hace es, precisamente, violar la proporcionalidad sustancial en cuanto que sirve para ocultar la falta de proporcionalidad entre la inhabilidad y los comportamientos, actos y hechos en los que incurren los contratistas produciendo como efecto la misma inhabilidad para todos los contratistas, así las multas y los incumplimientos de los unos sean ocasionados por comportamientos, actos o hechos totalmente distintos de los otros y sin consideración a la gravedad que tengan, ni al peso específico que puedan tener en relación con el cumplimiento de las obligaciones y prestaciones a cargo de cada contratista.

El medio, no es sólo en sí, y por las razones establecidas, inconstitucional; es además, de la forma en que lo plantea el artículo, una herramienta para posibles violaciones al régimen de inhabilidades que por lo demás es el fin constitucional que persigue la norma, pues se presta para diferir la imposición de las sanciones en diferentes vigencias fiscales y evitar así que se cumpla el número de sanciones o incumplimientos necesarios ocurridos en un mismo periodo fiscal para la imposición de la inhabilidad.

QUINTO: CONCLUSIÓN

En conclusión, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 que establece inhabilidad para quienes sean sancionados o declarados incumplidos en un mismo periodo fiscal, es inconstitucional por cuanto:

Establece la generación de una sanción de inhabilidad teniendo en cuenta un hecho que depende de la administración, como es la imposición de una sanción o la declaratoria de incumplimiento de un contrato en una misma vigencia fiscal y no de la vigencia fiscal en la que el administrado haya incurrido en los comportamientos que ameritan las sanciones.

No permite el ejercicio del derecho de defensa del afectado en cuanto al inhabilidad se produce como un hecho, que carece de recursos y para cuya existencia n hay un procedimiento antecedente ni una autoridad responsable.

Contraviene el derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política al establecer primero, una inhabilidad para todos los administrados que incumplan con la administración, sin importar la gravedad de la falta cometida; y segundo, al establecer una sanción en referencia a un hecho que depende de la administración y su discrecionalidad, y no propiamente de la ley, donde dicha discrecionalidad puede ocasionar discriminaciones a los administrados de frente a la ley pues depende de la administración la imposición de las sanciones en uno u otro periodo fiscal.

Contraviene el principio de proporcionalidad de la mano del de la igualdad, al tratar a todos los infractores de igual manera sin discriminación ni relación directa entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta.

Puede degenerase en una herramienta para infringir el régimen de inhabilidades

SEXTO: COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la presente demanda de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, por estar dirigida contra una norma contenida en una ley.

SÉPTIMO: SOLICITUD

Por las razones antes expuestas debe declarase la inconstitucionalidad del artículo 90 de la ley 1474 de 2011 puesto que viola los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

OCTAVO: NOTIFICACIONES:

Al suscrito, NILSON GIOVANNY MORENO LÓPEZ, en la Avenida Calle 72 Nº 6-30, PISO 13 en Bogotá D.C.

Respetuosamente,

NILSON GIOVANNY MORENO LÓPEZ
CC. 1.032.398.607