

Sentencia No. T-147/96

FOMENTO DE LA INGENIERIA LOCAL-Necesidad de justificación constitucional/**TRATAMIENTO DIFERENCIADO**-Origen nacional o residencia/**PRESUNCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Medidas basadas en factores de discriminación

Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes. La Corte no desconoce que, excepcionalmente, en algunas materias y en ciertas circunstancias, la residencia pueda tener relevancia constitucional y admitirse como elemento de diferenciación.

IGUALDAD DE ACCESO A LA CONTRATACION PUBLICA-Residencia como factor de discriminación/**IGUALDAD DE OPORTUNIDADES**-Residencia del contratista/**LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA**-Residencia como factor de discriminación

El factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública. El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. La relativa barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos. No está probado que la única forma para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo, sea mediante la adopción de la medida analizada, la que por lo tanto no es indispensable. En cambio, lo que sí es evidente es que se viola y restringe la igualdad de oportunidades y la libre competencia, sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Límites respecto igualdad de nacionales/**PRINCIPIO DE UNIDAD DE**

MERCADO-Naturaleza

No obstante que la disposición del pliego de condiciones se apoye en la autonomía territorial, resulta inaceptable, pues un límite de dicha autonomía es la de que a ésta no se recurra con el objeto de alterar la igualdad básica de los nacionales. Si en el campo de la contratación pública se pusieran en vigencia cláusulas y condiciones, so pretexto de que en algunos departamentos o municipios se discrimina a los de otros lugares, pronto se observaría una paulatina fragmentación y feudalización del mercado nacional y de su ámbito económico, lo que sin duda alguna aparejaría pérdidas, detrimento de la calidad, reducción de la escala de los negocios y deterioro de la fluidez y dinamismo de los agentes económicos. Es esencial preservar como principio general la unidad de mercado que debe respetarse en un Estado como el Colombiano que se proclama unitario.

ENTIDADES TERRITORIALES-Ordenación y gestión económica

La ordenación y gestión de las actividades económicas, dentro de sus competencias, no es ajena a las entidades territoriales, pero la pluralidad de competencias no puede ser disfuncional ni desintegradora del espacio económico nacional sobre el cual inciden las autoridades centrales y debe conservar la igualdad entre las personas y garantizar el libre ejercicio de sus derechos, deberes y libertades constitucionales. Las variables esenciales de la economía están sujetas al ejercicio de las competencias radicadas en los órganos centrales del Estado y ellas reclaman, en principio, aplicación uniforme en el territorio nacional. Los poderes de ordenación y gestión económica de las entidades territoriales, no pueden, en consecuencia, desbordar su campo legítimo de acción y desconocer la prevalencia de las políticas y normas adoptadas por las autoridades económicas.

LICITACION PUBLICA-Trato imparcial a proponentes/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Igualdad para contratar con el Estado

El estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el

principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Procedencia excepcional de tutela

La Constitución Política dispone la procedencia de la acción de tutela contra los actos y omisiones de las autoridades públicas. En materia de contratación administrativa, la regla general de procedencia no varía. Si un acto administrativo, dictado con motivo u ocasión de la actividad contractual vulnera o amenaza un derecho fundamental, la acción de tutela procederá siempre que no exista otro medio de defensa idóneo y eficaz para evitar la consumación del perjuicio.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Cláusula discriminatoria en pliego de condiciones/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Cláusula discriminatoria en pliego de condiciones

A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que adjudica o declara desierta la licitación - y de la correlativa suspensión provisional -, se puede controvertir el vicio constitucional que pueda gravitar sobre los pliegos de condiciones en los que se sustenta la adjudicación y que naturalmente no deja de proyectarse sobre la misma, máxime si aquél se origina en la violación del derecho fundamental a la igualdad de trato sin discriminaciones.

Ref.: Expediente T-83897

Actores: Carlos Eduardo Robledo Gómez
y Orlando Castañeda Fierro

Temas:

- Igualdad en el acceso a la contratación pública
- Presunción de inconstitucionalidad de las medidas que se basen en factores de discriminación prohibidos por la Constitución
- Residencia del contratista como factor de discriminación
- Principio de unidad de mercado y autonomía territorial
- Condiciones que debe reunir la suspensión provisional como mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales

Magistrado Ponente:
Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de tutela T-83897 adelantado por CARLOS EDUARDO ROBLEDO GOMEZ y ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO contra el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y VALORIZACION DE PEREIRA -INDUVAL-

ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución N° 124 de agosto 11 de 1995, el Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización de Pereira -INDUVAL-, ordenó someter a

licitación pública (N° 001 de 1995) la contratación de las obras civiles para la apertura, construcción, pavimentación y obras complementarias de la segunda calzada de la Avenida Sur, en el tramo comprendido entre la Unidad Residencial "Los Cedros" y el Centro de Diagnóstico Automotor de Risaralda. De igual forma, en el mencionado acto administrativo se adoptaron los respectivos pliegos de condiciones.

2. El numeral 2.19.2.1.1) del citado pliego establecía:

"Se dará un puntaje equivalente a dos (2) puntos a aquellos proponentes, sean personas naturales o jurídicas, cuyo sitio de residencia o localización de sede principal sea el Municipio de Pereira, con un mínimo de seis (6) meses anteriores a la apertura de (sic) licitación. Para efectos (sic) las personas naturales demostrarán tal condición mediante certificado de vecindad expedido por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Pereira y las personas jurídicas mediante certificado de Cámara de Comercio.

Los proponentes que no acrediten lo referido tendrán un puntaje de cero (0) puntos en este numeral (1). En consorcios o uniones temporales el representante legal debe acreditar residencia de acuerdo a lo referido para obtener puntaje".

3. El 15 de agosto de 1995, la compañía Diseños y Construcciones Ltda - representada por su Gerente, Ingeniero Carlos Eduardo Robledo Gómez- y el Ingeniero Orlando Castañeda Fierro, oriundos de la ciudad de Manizales y residentes en la misma, decidieron conformar el Consorcio DYC-CASTAÑEDA con el fin de licitar y contratar con el INDUVAL de Pereira las obras objeto de la Licitación Pública N° 001 de 1995. En el documento constitutivo del consorcio, se designó como representante legal del mismo al Ingeniero Carlos Eduardo Robledo Gómez.

4. El mismo 15 de agosto de 1995, el Ingeniero Robledo Gómez dirigió una comunicación escrita al Director del INDUVAL en la cual le solicitaba, entre otras:

"Eliminar el otorgamiento de dos (2) puntos para los proponentes residentes en el Municipio de Pereira, porque se está limitando la oportunidad de trabajo a los ciudadanos colombianos en su

territorio, otorgando a algunos proponentes ventajas que no están contempladas en la Constitución Colombiana".

5. Mediante oficio No DC-091-95, el Subdirector Jurídico del INDUVAL rindió su concepto acerca de las solicitudes elevadas ante esa entidad por el Consorcio DYC-CASTAÑEDA. En lo relativo a la solicitud de supresión de los dos puntos adicionales para los residentes de Pereira, el Subdirector Jurídico opinó:

"En lo pertinente al numeral 2.19.21 (sic) de los pliegos de condiciones que se refiere a otorgar dos (2) puntos a los proponentes con residencia en el Municipio de Pereira, comparto plenamente la posición del memorialista, pues tal tratamiento, se constituye en una discriminación que no ampara la ley y de contera viola el principio de igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Nacional".

6. El 24 de agosto de 1995, a través del oficio N° 000650, el Director del INDUVAL respondió al representante legal del Consorcio DYC-CASTAÑEDA, en los siguientes términos:

"En lo pertinente al numeral 2.19.21 (sic) de los pliegos de condiciones que se refiere a otorgar dos (2) puntos a los proponentes con residencia en el Municipio de Pereira, hemos considerado que con dicho parámetro de calificación, de ninguna manera estamos violentando la Constitución o la ley, pues ésta (ley 80, artículo 24, numeral 5) lo autoriza cuando dice: '5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: a) se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; b) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso...'

Ahora bien, lo que se pretende con los dos puntos que se otorgarán a los oferentes que residan en el Municipio de Pereira, no es otra cosa que aceptar las recomendaciones de la Asociación de Ingenieros del Risaralda (A.I.R.), que ha visto como en otras ciudades se ha tratado en forma abiertamente discriminatoria a los ingenieros de Pereira, estableciendo requisitos que no son objetivos

y que sólo pretenden eliminar de entrada a los ofertantes de Pereira. Igualmente pretendemos incentivar de alguna manera a la ingeniería de la ciudad que paga impuestos, genera empleo y de alguna manera aporta al desarrollo del municipio, sin que, como se dijo antes, tal estímulo se convierta en una discriminación que impida el concurso de personas naturales o jurídicas de otras ciudades en la licitación de marras".

7. El representante legal del Consorcio DYC-CASTAÑEDA se dirigió al Director del INDUVAL, el 28 de agosto de 1995, para manifestarle su intención de no participar en la Licitación Pública N° 001 de 1995, en razón de la negativa de esa Institución en modificar el numeral 2.19.2.1.l) de los pliegos de condiciones. De igual modo, el Consorcio anunció su decisión de buscar la protección de los derechos fundamentales conculcados, a través de "otros procedimientos".

8. El 29 de agosto de 1995, los señores Carlos Eduardo Robledo Gómez y Orlando Castañeda Fierro, a través de apoderada judicial, interpusieron acción de tutela, ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Risaralda, contra la decisión del Director del INDUVAL de Pereira, contenida en la comunicación N° 000650 de agosto 24 de 1995, dirigida al representante legal del Consorcio DYC-CASTAÑEDA, en la cual esa Dirección se negaba a modificar el numeral 2.19.2.1.l) de los pliegos de condiciones de la Licitación Pública N° 001 de 1995.

En opinión de la apoderada de los peticionarios, la ventaja de dos puntos concedida a los residentes en el Municipio de Pereira, por los pliegos de condiciones de la Licitación Pública N° 001 de 1995, convocada por el INDUVAL, establece una discriminación -basada en "factores afectivos y de interés particular"- contraria al deber de selección objetiva postulado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y al derecho fundamental de acceder al trabajo en condiciones de igualdad.

La apoderada de los actores solicitó: (1) declarar la nulidad de la Licitación Pública N° 001 de 1995 convocada por el INDUVAL de Pereira; (2) ordenar la reapertura del proceso licitatorio sin que, esta vez, figure el numeral 2.19.2.1.l) en los pliegos de condiciones; (3) se adopten las medidas necesarias para que INDUVAL no vuelva a incurrir en actuaciones discriminatorias.

9. Por providencia de septiembre 8 de 1995, el Tribunal Contencioso Administrativo del Risaralda rechazó por improcedente la tutela interpuesta por el consorcio DYC-CASTAÑEDA. La Corporación Judicial consideró que, en el presente caso, no se había demostrado vulneración o amenaza alguna del derecho al trabajo. El juzgador de primera instancia señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el derecho al trabajo, éste no es uno de aquellos derechos catalogados como de aplicación o protección inmediata y, por lo tanto, requiere de desarrollo legal para su plena efectividad.

Por último, el Tribunal anotó que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 contempla "un medio eficiente de acceso a la administración de justicia para que se defina judicialmente el enfrentamiento de intereses que se advierte".

10. La apoderada de los actores impugnó el anterior pronunciamiento judicial al considerar que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho al trabajo sí puede ser protegido a través de la acción de tutela. La representante judicial insistió en la violación del derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades de sus poderdantes, y manifestó que el trato contrario al principio de igualdad fue puesto en evidencia en un concepto de la Oficina Jurídica del INDUVAL de Pereira, que nunca fue acogido por la Dirección del mencionado Instituto.

Por último, la impugnante señaló que, en el presente caso, no se justificaba la procedencia de una acción contencioso-administrativa, toda vez que lo que se pretendía no era ni una reclamación de perjuicios ni la contradicción del objeto de la Licitación Pública N° 001 de 1995, sino la modificación de la negativa del Director del INDUVAL en suprimir el numeral 2.19.2.1.l) de los pliegos de condiciones de la mencionada licitación. En resumen, sólo a través de la acción de tutela se podrían restablecer plenamente los derechos vulnerados en razón del trato discriminatorio producido por las actuaciones del INDUVAL.

11. La Sección Quinta, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, mediante sentencia de octubre 5 de 1995, confirmó la decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Risaralda. El juzgador de segunda instancia consideró que, en la medida en que en el presente proceso de tutela el actor era una persona jurídica (consorcio DYC-CASTAÑEDA), la acción no era procedente como quiera que, según reiterada jurisprudencia de esa Corporación, las personas jurídicas carecen de

legitimación para interponer este tipo de acción.

Por otra parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado observó que el plazo para la presentación de los pliegos de condiciones vencía el 28 de agosto de 1995 y la acción de tutela fue interpuesta el 29 de agosto de 1995, lo cual indica que el daño ya estaba consumado al momento de solicitar el amparo constitucional, toda vez que la firma decidió no presentar propuesta alguna dentro de la Licitación Pública N° 001 de 1995.

Por último, el fallador de segunda instancia señaló que "la existencia de medios de defensa judicial en el presente caso para solicitar la nulidad de la licitación es evidente, por lo que por este aspecto la acción resulta igualmente improcedente".

12. Mediante auto de marzo 15 de 1996, la Sala Tercera de Revisión decretó una serie de pruebas tendentes a determinar el estado del proceso contractual por medio del cual el INDUVAL sometió a la Licitación Pública N° 001 de 1995 la contratación de las obras civiles y complementarias para la apertura, construcción y pavimentación de la segunda calzada de la Avenida Sur del Municipio de Pereira.

Mediante oficio fechado el 21 de marzo de 1996, el Director del INDUVAL puso en conocimiento de la Sala de Revisión lo siguiente: (1) la Licitación Pública N° 001 de 1995 fue adjudicada mediante Resolución N° 161 de octubre 13 de 1995; (2) fueron favorecidos en la adjudicación el Consorcio Delgado-Botero (contrato estatal de obra pública N° 02 de 1995), la firma Invercón Ltda (contrato estatal de obra pública N° 03 de 1995) y la firma Conacón S.A. (contrato estatal de obra pública N° 04 de 1995); y, (3) hasta la fecha se ha ejecutado el 50% de la obra.

FUNDAMENTOS

1. El consorcio DYC-Castañeda entabló una acción de tutela contra el Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización de Pereira - Induval -, establecimiento público del orden municipal, en razón de que su director se abstuvo de eliminar un parámetro de la fórmula de adjudicación de una licitación pública relativa a la construcción de una de las calzadas de una avenida de dicha ciudad. En efecto, en el pliego de condiciones se reservan dos puntos para los proponentes residentes en el municipio. Según el demandante el anotado puntaje, que no podía ser cumplido por el consorcio,

discrimina en contra de los no residentes y de las sociedades que no tengan sede en la ciudad de Pereira. La diferencia de trato, que puede tornarse decisiva en el momento de la adjudicación del contrato, representa una forma de discriminación por razón del origen y, por lo tanto, viola el derecho a la igualdad de oportunidades laborales (C.P. art. 13 y 25).

Por su parte, la entidad pública demandada sostiene que la medida está en consonancia con el artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993. Se advierte que en este aspecto el pliego de condiciones, busca estimular a las firmas de ingeniería local que, aparte de sufrir discriminaciones en otras ciudades, contribuyen con el pago de impuestos y la creación de puestos de trabajo.

2. El Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, que conoció en primera instancia de la acción de tutela, no concedió la protección solicitada. En su concepto, el derecho al trabajo no es de aplicación inmediata y su efectividad estaría sujeta al respectivo desarrollo legal. A juicio del Tribunal, la pretensión del demandante podía resolverse a través de las medidas establecidas en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

La Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la sentencia anterior. En su providencia agrega que el daño se encuentra consumado, pero que en ningún caso las personas jurídicas son titulares de la acción de tutela, la que además resulta improcedente dada la existencia “de medios judiciales en el presente caso para solicitar la nulidad de la licitación”.

3. Antes de entrar en el fondo, la Corte se ve en la necesidad de rectificar los criterios que se exponen en las sentencias reseñadas. En primer término, el derecho al trabajo (C.P. art. 25), así no se incluya en la lista del artículo 85 de la C.P., puede ser objeto de protección a través de la acción de tutela en su condición de derecho fundamental, categoría ésta que no se limita a los derechos de aplicación inmediata (Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón). En segundo término, de conformidad con la naturaleza del derecho fundamental es posible que su titularidad pueda predicarse de una persona jurídica y, por ende, en dicho evento será procedente el ejercicio de la acción de tutela (Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, entre otras).

4. La Corte considera pertinente, desde el punto de vista doctrinal, sin perjuicio de lo que más adelante se disponga sobre la procedencia de la tutela, dar respuesta al problema que plantea el demandante sobre el alcance

de la autonomía de una entidad pública descentralizada y la posibilidad de que ésta pueda servir de fundamento suficiente para establecer, unilateralmente, fórmulas de adjudicación en los pliegos de condiciones de las licitaciones de obras públicas que consagren, en favor de los residentes en el municipio, un determinado puntaje positivo por ése sólo hecho y el cual podría ser determinante en el momento de escoger el proponente.

La autonomía de las entidades descentralizadas del orden municipal se encuentra directamente referida a la autonomía de las entidades territoriales, las cuales gozan de ésta para la gestión de sus intereses, “dentro de los límites de la Constitución y la ley” (C.P. art. 287). En cumplimiento de este mandato constitucional, las autoridades locales en punto a la contratación pública, deben sujetarse, entre otras normas, al estatuto general de contratación de la administración pública, plasmado en la Ley 80 de 1993. Dentro del marco de la citada ley, en las distintas etapas y actos del procedimiento contractual, existe un espacio amplio para que las entidades territoriales y los entes pertenecientes a su órbita de acción, puedan de manera autónoma identificar sus necesidades y realizar sus intereses propios. En este sentido, se pregunta la Corte si resulta legítimo que en el pliego de condiciones de una licitación pública, la autoridad territorial busque estimular la ingeniería local y que para ello se apele a establecer un puntaje determinado en favor de los proponentes que acrediten tener residencia o sede de sus negocios en el municipio que acomete la obra pública.

El fomento de la ingeniería local, en atención a su aporte fiscal y a la generación de empleo, de todo lo cual se beneficia el municipio y sus habitantes, corresponde a una finalidad plausible y que por sí misma no atenta contra la Constitución ni la ley. El medio empleado para alcanzar la finalidad aludida, consistente en reservar un puntaje en el pliego de condiciones en favor de los proponentes que residan en el municipio, puede ser idóneo para obtener dicho propósito, pues mejora la calificación general de las firmas de ingeniería “nativas” y les otorga una ventaja que puede eventualmente resultar decisiva a la hora de decidir la adjudicación.

Para los efectos del análisis de la proporcionalidad de la medida, tanto su finalidad como el medio empleado, deben ser ponderados con mayor rigor en vista de que la Constitución prohíbe expresamente en el artículo 13 la discriminación por razones de origen nacional o familiar. Es evidente que si la Carta excluye la diferenciación de trato sustentado en el origen nacional, está igualmente descartada, inclusive de una manera más perentoria, la

discriminación entre nacionales. Dado que la utilización o señalamiento de un factor discriminatorio explícitamente rechazado por la Constitución, induce a temer que se persiga por la autoridad pública la perpetración de una discriminación, el juicio constitucional en estos casos deberá ser más exigente, esto es, debe ir más allá de la mera verificación de la racionalidad o razonabilidad de la medida.

Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes. La Corte, por lo tanto, no desconoce que, excepcionalmente, en algunas materias y en ciertas circunstancias, la residencia pueda tener relevancia constitucional y admitirse como elemento de diferenciación.

Los argumentos esgrimidos por Induval, en el presente caso, no desvirtúan la presunción de inconstitucionalidad que cabe predicar del indicado tratamiento diferenciado. El factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública, hasta el punto de que se concibe como situación existente con antelación a la misma licitación. El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. La relativa barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos, superior del que se produciría en el evento de que un proponente no residenciado en el municipio resultara adjudicatario de la licitación, lo cual en todo caso podría ocurrir si pese a la ventaja inicial éste último supera en más de dos puntos a las firmas que se acogen a dicho beneficio. De otro lado, no puede negarse que la construcción de la obra de suyo puede generar oportunidades de empleo en el lugar, pese a que una firma externa la lleve a cabo. No está probado que la única forma para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo, sea mediante la adopción de la medida analizada, la que por lo tanto no es indispensable. En cambio, lo que sí es evidente es que se viola y restringe la igualdad de oportunidades (C.P., art. 13) y la libre competencia (C.P. art. 333), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique.

No obstante que la disposición del pliego de condiciones se apoye en la autonomía territorial, resulta inaceptable, pues un límite de dicha autonomía es la de que a ésta no se recurra con el objeto de alterar la igualdad básica de los nacionales (C.P., art. 13). Si en el campo de la contratación pública se pusieran en vigencia cláusulas y condiciones del tenor de la analizada, so pretexto de que en algunos departamentos o municipios se discrimina a los de otros lugares - razón que aduce el director de la entidad pública demandada -, pronto se observaría una paulatina fragmentación y feudalización del mercado nacional y de su ámbito económico, lo que sin duda alguna aparejaría pérdidas, detrimento de la calidad, reducción de la escala de los negocios y deterioro de la fluidez y dinamismo de los agentes económicos.

Sin perjuicio de conservar la esfera legítima de autonomía territorial, es esencial preservar como principio general la unidad de mercado que, si con ahínco se ha querido mantener en estados federales, con mayor razón debe respetarse en un Estado como el Colombiano que se proclama unitario (C.P., art. 1), rasgo que también se proyecta en la vida económica del país, como lo pone de presente la atribución de las principales competencias de orden presupuestal, de planificación y dirección de la economía, del manejo de la moneda, el crédito, los cambios y el ahorro privado, en cabeza de autoridades nacionales, amén de las atribuciones del Congreso en lo que se refiere a la expedición de leyes en todos los ramos. La ordenación y gestión de las actividades económicas, dentro de sus competencias, no es ajena a las entidades territoriales, pero la pluralidad de competencias no puede ser disfuncional ni desintegradora del espacio económico nacional sobre el cual inciden las autoridades centrales y debe, en todo caso, conservar la igualdad entre las personas y garantizar el libre ejercicio de sus derechos, deberes y libertades constitucionales. Las variables esenciales de la economía están sujetas al ejercicio de las competencias radicadas en los órganos centrales del Estado y ellas reclaman, en principio, aplicación uniforme en el territorio nacional. Los poderes de ordenación y gestión económica de las entidades territoriales - las que de paso participan en la elaboración de las políticas generales a través de los mecanismos previstos para la elaboración del plan nacional de desarrollo -, no pueden, en consecuencia, desbordar su campo legítimo de acción y desconocer la prevalencia de las políticas y normas adoptadas por las autoridades económicas.

El estatuto general de contratación pública, adoptado por la ley, sin perjuicio

de las particularidades locales, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable.

5. En el caso *sub judice* se controvierte la procedencia de la acción de tutela contra el acto administrativo de apertura de la licitación pública No 001 de 1996, producido por el Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización de Pereira, contenido del pliego de condiciones de la citada licitación y, más concretamente, contra el numeral 2.19.2 1) residencia que, a juicio del demandante, vulnera el derecho del consorcio y de sus miembros de acceder, en condiciones de igualdad, al proceso de contratación estatal a que dicha licitación da lugar.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone la procedencia de la acción de tutela contra los actos y omisiones de las autoridades públicas, cualesquiera sea la naturaleza de aquéllos, siempre que se trate de proteger un derecho fundamental y carezca el afectado de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En materia de contratación administrativa, la regla general de procedencia no varía. Si un acto administrativo, dictado con motivo u ocasión de la actividad contractual vulnera o amenaza un derecho fundamental, la acción de tutela procederá siempre que no exista otro medio de defensa idóneo y eficaz para evitar la consumación del perjuicio.

En los procesos contractuales conducentes a la realización de una obra pública, como el que ocupa la atención de la Corte, si el medio ordinario de protección judicial se revela inidóneo e ineficaz para proteger el derecho fundamental a la igualdad, el cual teóricamente puede ser quebrantado en la etapa precontractual, la persona afectada fácilmente puede verse enfrentada a la consumación de la respectiva lesión. Ejecutada la obra resultará fácticamente imposible restablecer el derecho a la igualdad. El legislador y el

Jueces Administrativos han reconocido que en una etapa de ejecución avanzada, no consultaría el interés público, representado en la construcción de la obra y en la inversión de recursos del erario, ordenar su paralización y la reactivación ulterior de un procedimiento ajustado a la Constitución y a la ley.

Corresponde a la Corte determinar si existe un medio judicial ordinario que pueda servir al propósito de amparar efectivamente el derecho fundamental a la igualdad cuandoquiera que se vulnere en la etapa precontractual como consecuencia de la existencia y aplicación de cláusulas discriminatorias contenidas en el pliego de condiciones.

De conformidad con la doctrina sentada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la persona que estime que un derecho suyo ha sido conculcado con ocasión de la expedición del pliego de condiciones, tiene a su disposición la acción contractual de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la que sólo procede una vez perfeccionado el correspondiente contrato. En este punto son categóricos los Autos de enero 17 y marzo 10 de 1994, proferidos por la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado.

Se afirma, en las providencias citadas, que la nueva ley sobre contratación administrativa, suprimió la distinción que anteriormente se hacía entre los actos separables del contrato (atacables a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho) y los actos contractuales (contra los que únicamente cabía la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A.). A partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, todos los actos que se produzcan con ocasión de un contrato administrativo (anteriores, concomitantes o posteriores), únicamente pueden ser demandados a través del contencioso contractual, salvo los actos de calificación y clasificación de proponentes, adjudicación y declaratoria de desierta de la licitación, que en virtud de lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, pueden ser impugnados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

A este respecto, conviene remitirse a lo expuesto por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La locución 'con motivo u ocasión de la actividad contractual'

permite esa categoría única, porque para nadie es un secreto que esa actividad se inicia con la apertura del proceso selectivo y continúa hasta el vencimiento del contrato o hasta la liquidación definitiva del mismo, según el caso.

Esa categoría única encuentra su desarrollo lógico y su respaldo en la nueva ley, la cual le asigna al acto contractual una sola vía judicial posible de control; o sea la acción contractual regulada en el artículo 87 del C.C.A., salvedad hecha del acto de adjudicación, el cual, por mandato del mismo artículo 77, sólo será pasible de la acción de nulidad y restablecimiento regulada en el artículo 85 del mencionado código".

El aserto anterior fue posteriormente reiterado por la misma Sección Tercera del Consejo de Estado:

"La Sala, sin embargo, se aparta de dicha interpretación (la del actor) y participa de las ideas expuestas por el señor Consejero Sustanciador en el auto recurrido, y entiende que la denominación legal 'actividad contractual' es una manifestación de la actividad administrativa del Estado que comprende la totalidad de las actuaciones administrativas que giran en torno del contrato, sean ellas antecedentes, concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución.

(...)

c) Por consiguiente, cuando el artículo 77 de la ley se refiere a 'los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual', está comprendiendo, bajo una denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y los está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sola acción contenciosa: la contractual, salvo que excepcionalmente la propia ley haya permitido que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho".

En los pronunciamientos citados, el Consejo de Estado estableció que la acción contractual sólo procedía contra los actos producidos con ocasión de

la actividad contractual **a partir del perfeccionamiento del contrato**. Así en el Auto de enero 17 de 1994, la Sección Tercera señaló:

"Al someter a todos los actos dictados con motivo u ocasión de la actividad contractual a una sola acción; la contractual, se está dando a entender que no podrán ser impugnados, en principio, sino por personas legitimadas, a partir del perfeccionamiento del contrato, ya que no se concibe una acción de este tipo sin la existencia del mismo. Aunque se habla de personas legitimadas, se entiende con la salvedad de la acción de nulidad absoluta del contrato que podrá instaurarse por cualquier persona (art. 45 de la Ley 80)."

En el Auto de marzo 10 de 1994, la Corporación reiteró su doctrina en los siguientes términos:

"d) En consonancia con lo anterior y teniendo en cuenta que la acción contractual parte del supuesto de la celebración del contrato, es claro que los actos previos a él, con las excepciones vistas, solamente se podrán impugnar con posterioridad a dicha celebración, conjuntamente con el contrato o, con independencia de él (parágrafo 2° art. 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción" (negrilla fuera de texto).

De aplicarse al caso presente la tesis expuesta, el actor debería esperar el perfeccionamiento del contrato para poder solicitar judicialmente el restablecimiento de su derecho a participar en igualdad de condiciones en la mencionada licitación. Sin embargo, para entonces es probable que resulte fáctica y jurídicamente imposible restablecer el derecho o evitar la consumación del daño. En tratándose de un contrato de obra pública, sólo la suspensión provisional de su ejecución podría evitar la lesión consistente en la virtual discriminación al momento de la escogencia del contratista. Empero, como es bien sabido, los contratos administrativos no son susceptibles de suspensión provisional.

El Tribunal Administrativo de Risaralda y la sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, consideran que existe un medio de defensa judicial, al cual puede apelarse con el objeto de prevenir la consumación del perjuicio originado en la lesión de los derechos fundamentales. Sin embargo, ninguna de las sentencias bajo revisión señala

en forma explícita cuál es, concretamente, dicho medio. El tribunal asevera que el mecanismo judicial se encuentra consagrado en el artículo 77 de la ley 80 de 1993. A su turno, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado observa que en el presente caso es evidente la existencia de medios de defensa judicial para solicitar la nulidad de la licitación, y agrega: "(...) sin que sea de recibo el aspecto de la poca cuantía de los perjuicios, para efectos de solicitar la suspensión provisional del acto acusado, pues la procedencia de tal suspensión no tiene relación con un monto determinado sino con la demostración así sea sumaria de la existencia de perjuicios.". En suma, para el fallador de segunda instancia existe la posibilidad de solicitar la nulidad de la licitación, así como la suspensión provisional del acto acusado - pliego de condiciones - a través de un medio cuya eficacia desplaza la procedencia de la acción de tutela.

Si contra los actos administrativos expedidos en la etapa precontractual sólo procede la acción de controversias contractuales, salvo respecto del acto que declara desierta o adjudica la licitación, que puede ser impugnado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 77 ley 80 de 1993), debe entenderse que las sentencias estudiadas hacen relación a esta última alternativa, como único mecanismo oportuno y eficaz para evitar la consumación del perjuicio derivado de la violación de un derecho fundamental en el curso del procedimiento contractual. Dicho medio de defensa resulta idóneo para garantizar los derechos fundamentales comprometidos, dado que al amparo de la citada acción podrá solicitarse, tal y como lo señala la sentencia objeto de revisión, la suspensión provisional de los actos que adjudican o declaran desierta la licitación y, por lo tanto, de aquellos en los cuales éstos se apoyan, como es el que contiene el pliego de condiciones. No obstante, el medio judicial indicado por el Consejo de Estado sólo puede reputarse idóneo en la medida en que la protección del derecho fundamental quebrantado sea susceptible de producirse antes de que se perfeccione el respectivo contrato - a través de la sentencia o de la suspensión provisional -, toda vez que el daño desde el punto de vista constitucional del derecho a participar en una licitación pública en igualdad de condiciones se agota completamente con la celebración y ejecución del contrato. Adicionalmente, la suspensión provisional debe resultar eficaz como medio de protección del derecho fundamental cuya violación se reclama, para lo cual este mecanismo procesal deberá resolverse de manera expedita y admitirse que una especie de perjuicio surge de la mera lesión del derecho fundamental. En este sentido, el simple cotejo literal entre el texto de la norma superior y el acto, no es suficiente, como quiera que la

confrontación debe necesariamente tomar en consideración la situación concreta en la que se proyecta la violación, lo mismo que el objeto y alcance del derecho fundamental comprometido con la acción o la omisión del Estado o de sus agentes. De lo contrario, la acción de tutela debería considerarse la única vía judicial expedita e idónea para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados durante la etapa precontractual. Por esta misma razón, vinculada a la naturaleza de la lesión constitucional analizada, la acción de controversias contractuales no reúne, en casos como el presente, las condiciones de eficacia que se requieren para que el otro medio de defensa judicial pueda desplazar a la acción de tutela en aras de la protección oportuna del derecho fundamental a la igualdad, presuntamente conculcado por el acto administrativo que adopta los pliegos de condiciones.

De acuerdo con lo expuesto, no resulta procedente la acción de tutela. A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que adjudica o declara desierta la licitación - y de la correlativa suspensión provisional -, se puede controvertir el vicio constitucional que pueda gravitar sobre los pliegos de condiciones en los que se sustenta la adjudicación y que naturalmente no deja de proyectarse sobre la misma, máxime si aquél se origina en la violación del derecho fundamental a la igualdad de trato sin discriminaciones.

D E C I S I O N

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR, sólo por las razones señaladas en la presente providencia, la sentencia de octubre 5 de 1995, proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

SEGUNDO.- LÍBRESE comunicación al Tribunal Administrativo de Risaralda, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días del mes de abril de mil novecientos noventa y seis (1996)).