

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

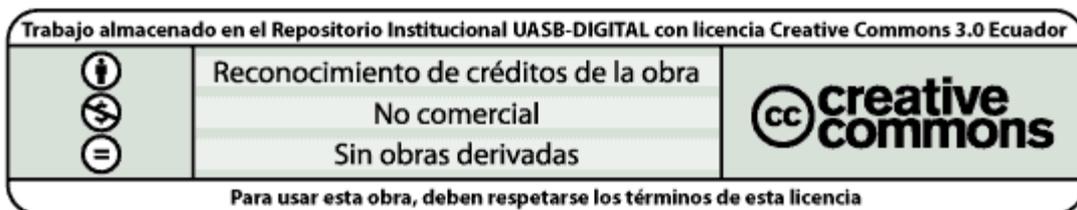
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Estudio del principio de igualdad en la contratación pública
y su relación con la contratación preferente en los
procedimientos precontractuales establecidos en la Ley
Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**

María Luisa Jimbo Galarza

2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

María Luisa Jimbo Galarza, autora de la tesis titulada “Estudio del principio de igualdad en la contratación pública y su relación con la contratación preferente en los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Contratación Pública y Modernización del Estado, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, marzo del año 2015

María Luisa Jimbo Galarza

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Estudio del principio de igualdad en la contratación pública y su relación con la
contratación preferente en los procedimientos precontractuales establecidos en la
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**

Autora: María Luisa Jimbo Galarza

Tutor: Dr. Genaro Eguiguren Valdivieso M.Sc.

Quito, 2015

Resumen

El presente trabajo investigativo, tiene como objetivo principal analizar la aplicabilidad del principio de igualdad en los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al incorporar la institución jurídica de la contratación preferente, y realizar un estudio comparado respecto de las contrataciones preferentes en otras legislaciones.

El principio de igualdad, uno de los más importantes en el ámbito de la contratación pública, exige que todos quienes se hallen aptos para concurrir a un proceso de contratación reciban igual trato sin discriminación alguna. Las entidades contratantes deben establecer condiciones que permitan una participación igualitaria, sin incluir requisitos que limiten o sitúen a determinados oferentes en una posición de superioridad o de preferencia.

La incorporación de la institución jurídica de la contratación preferente, al parecer, quebrantaría el principio de igualdad; por ello, se pretende analizar su aplicabilidad en los procedimientos precontractuales, con énfasis en la cotización y menor cuantía, e identificar como opera este principio al incluirse márgenes de preferencia a favor de actores de economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas empresas, y si tal preferencia, convierte a estos procedimientos en incluyentes y excluyentes a la vez, por las características establecidas en cada uno de ellos.

La investigación que consta de tres capítulos, se desarrolla desde la óptica del Derecho administrativo, se aborda el principio de igualdad como equidad, lo que permite identificar la importancia del mismo en los procedimientos precontractuales, a través del análisis jurídico comparativo, histórico y jurídico constitucional, así como el legal actual, que establece ciertas excepciones que *relativizan* al principio de igualdad; permitiendo despejar las dudas respecto de su aplicabilidad.

Dedicatoria

A mi esposo Geovany, a la inspiración de mi vida mi hijo Richard Isaac, por estar conmigo siempre, por su apoyo incondicional y comprensión, en las horas que por mis estudios y elaboración de la presente tesis, no estuve con ellos, pero siempre se mantuvieron ahí cuando los necesité.

Agradecimiento

A Dios, luz y centro de mi vida.

A mis padres Homero y Mercedes por ser mi ejemplo de superación constante y guías de mi vida.

A Geovany y Richard Isaac, por estar siempre conmigo.

A mis hermanas, Rita, Mónica, Paola, Silvia y Giovanna, y a mis amigas Natalia y Narda por impulsarme siempre a seguir.

Al Dr. Genaro Eguiguren, porque además de haberme impartido sus sabios y valiosos conocimientos como profesor en la Universidad Andina Simón Bolívar, es el Director del presente trabajo de investigación.

Contenido

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis	2
Resumen.....	4
Dedicatoria	5
Agradecimiento	6
Contenido.....	7
Introducción	9
Capítulo primero.....	11
Los principios generales que rigen la contratación pública.....	11
1.1. Introducción.....	11
1.2. Breve descripción de los principios que rigen la contratación pública	13
1.2.1. Principio de legalidad	17
1.2.2. Principio de concurrencia	18
1.2.3. Principio de transparencia, publicidad, difusión	19
1.2.4. Principio de trato justo.....	22
1.2.5. Participación nacional.....	23
1.3. El principio de igualdad en la contratación pública	24
1.3.1. Aspectos relevantes	24
1.3.2. Concepto	29
1.3.3. Principio de no discriminación arbitraria o discriminación positiva	33
Capítulo segundo.....	36
La contratación pública en el Ecuador	36
2.1. Breve descripción de la contratación pública en el Ecuador.....	36
2.2. La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	42
2.3. Procedimientos precontractuales	45
2.4. Legislación comparada respecto del principio de igualdad en los procedimientos de contratación, Colombia, Perú y España	50
Capítulo tercero	62
Los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratación preferente y el principio de igualdad.....	62

3.1. Análisis de los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratación preferente y el principio de igualdad	62
3.2. Análisis de la contratación preferente desde la óptica constitucional	67
3.3. Márgenes de preferencia en la contratación pública ecuatoriana y el principio de igualdad	70
3.3.1. Las micro, pequeña y mediana empresa MIPYME	70
3.3.2. Márgenes de preferencia establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y el principio de igualdad	71
3.3. Análisis del artículo 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	81
Conclusiones	88
Bibliografía	91
Anexos	101

Introducción

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cumpliendo con los principios generales del derecho y los establecidos en la Constitución, determina los principios que rigen los procedimientos de contratación pública, con el fin de coadyuvar en el desarrollo de los procesos, permitiendo una participación activa de los actores de desarrollo, así como el control en las diferentes etapas: precontractual, contractual y postcontractual; estableciendo que para la aplicación de la ley y de los contratos que de ella deriven, “se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”¹

Sin embargo, al analizar el desarrollo de los procedimientos precontractuales constantes en la ley, surge la interrogante respecto de si efectivamente estos procedimientos se ejecutan e interpretan conforme dichos principios, concretamente el de igualdad, al haberse incorporado una nueva institución jurídica llamada “contratación preferente”, cuyo objetivo es “privilegiar la contratación con micro, pequeñas y medianas empresas, o con artesanos o profesionales, preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato.”²

Esta y otras interrogantes que se plantean, son despejadas a lo largo de la presente investigación, desarrollada en el marco del Derecho administrativo, donde además se efectúa un análisis doctrinario y jurisprudencial en primera instancia para continuar con el análisis normativo, observando la jerarquía formal y apelando al Derecho comparado. Es así, que en el capítulo primero, se realiza una introducción a los principios que rigen a la contratación pública, con una visión general de los mismos, para luego realizar la descripción de cada uno de ellos de acuerdo con nuestra legislación, puntualizando los aspectos relevantes del principio de igualdad y su concepto, y la explicación del principio de discriminación no arbitraria.

¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 04 de agosto de 2008), art. 4. En adelante se cita como LOSNCP.

² *Ibíd.*, art. 52.

El capítulo segundo, refiere concretamente a la contratación pública en el Ecuador, su historia hasta la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde se efectúa un análisis de los procedimientos precontractuales constantes en la ley, para continuar con la legislación comparada.

El capítulo tercero, eje principal de la investigación, está dedicado al análisis de la aplicación del principio igualdad en los procedimientos de contratación pública, su alcance en atención a los márgenes de preferencia reconocidos a favor del oferente de bienes, obras o servicios, en función de la incorporación de un mayor componente de origen ecuatoriano o por ser parte de los actores de la economía popular y solidaria, micro, pequeñas y medianas empresas, consignado en la parte final del trabajo las conclusiones fruto de la presente investigación.

Capítulo primero

Los principios generales que rigen la contratación pública

La organización del Estado tiene como fuente la Constitución de la República del Ecuador, en donde se plasman las disposiciones jurídicas que forman a la sociedad política y jurídicamente organizada, que no solo depende del marco jurídico concreto, sino que además, debe tomar en cuenta los principios fundamentales y los valores que le rigen.

El Estado se personifica en la administración pública y es el llamado a vigilar, cumplir y hacer cumplir los principios establecidos en la Constitución y en la ley, mismos que se construyen sobre la base de un andamiaje que le otorga mayor fuerza para su aplicación y ejecución, regido por el derecho y las leyes, que son el único tipo de ordenamiento jurídico que se le impone al ser humano por el hecho de vivir en sociedad.

1.1. Introducción

Previo a referirse a los principios generales que rigen la contratación pública, es importante describir brevemente al Derecho administrativo, definido como “el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones de poder del Estado, la administrativa, por ende el Derecho Administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo.”³

Esta rama del Derecho, es la que permite actuar a la Función Ejecutiva, en todo lo que la administración ejecuta; está sujeta a reglas y principios del ordenamiento jurídico, inclusive, cuando actúa en el ejercicio de competencias discrecionales o a través de la celebración de los llamados "contratos de la Administración o contratos administrativos", que se orientan por un régimen jurídico único y por el derecho público; destacando además, que también celebra contratos de Derecho privado, como

³ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 12ª Edición (Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina/ Hispania Libros, 2009), 253.

por ejemplo: la compra venta, el mandato, la donación la cesión, el transporte, entre otros.

El contrato administrativo o contrato público, como se puede evidenciar, al igual que todos los contratos, es un acuerdo por el cual, se crean relaciones jurídicas, con la diferencia que su objeto -la adquisición de bienes, la ejecución de obras o prestación de servicios- se constituye en el fin del Estado o de la Administración; en este tipo de contratos, una de las partes siempre está en ejercicio de la función administrativa (administración central o entes descentralizados, entes públicos no estatales y los entes privados que son parte de la función administrativa), que goza de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y terminación del mismo.

Estos contratos requieren de la voluntad concurrente del Estado, expresada a través de la entidad pública, que realiza la contratación con un particular, o de ser el caso, con otra entidad pública, convirtiéndose en un acto bilateral que necesita de la concurrencia de dos *partes*, que pueden ser: pública-privada o pública-pública.

El contrato administrativo como todo contrato produce efectos jurídicos, establece obligaciones y derechos para las *partes*, y para que tengan validez y eficacia debe cumplir con las formalidades y principios establecidos en la ley, debiendo respetar los contenidos impuestos normativamente. Se puede pensar que en los contratos administrativos, tiende a desaparecer el principio de igualdad entre las *partes* contratantes, elemento sustancial del contrato civil, precisamente por la superioridad jurídica de la Administración frente al contratista, y por la facultad que tiene además, de colocar cláusulas exorbitantes que rompen este principio esencial.

La Administración Pública siempre tiene una ventaja sobre los particulares y el Estado aprovecha esta ventaja como condicionamientos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el sistema de contratación pública el sujeto activo del proceso administrativo es el Estado; por lo que tiene ciertas prerrogativas legales aplicables a la contratación las que permiten imponer las reglas aplicables a la contratación a las cuales se somete el particular que desea contratar con ella; este mecanismo se expresa por medio de las denominadas cláusulas exorbitantes.⁴

Las cláusulas exorbitantes trasgreden y vulneran el llamado principio de igualdad, y por ende, tiende a discriminar a las *partes* que contratan con el Estado, pero esta desigualdad o discriminación, no se la considera como arbitraria, toda vez, que se

⁴ Patricio Secaira, *Curso de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 21.

basa en políticas públicas, establecidas como mecanismos para evitar que la igualdad se vea resquebrajada, en virtud de que, corresponde al Estado, velar por los intereses de la colectividad y no solo de un determinado grupo. Por lo expuesto, se evidencia que no toda arbitrariedad es injustificada, que las cláusulas exorbitantes, obedecen a los fines propios de quien las aplica, que son estipulaciones contractuales por las cuales se confiere derechos a las *partes* así como obligaciones.

Las llamadas cláusulas exorbitantes no derivan su virtualidad jurídica o su carácter vinculante de la *lex contractus*, sino que tienen su fundamento en el Derecho positivo, como expresión de la supremacía jurídica que ostenta la Administración pública en las relaciones jurídicas en que interviene. En efecto, las facultades de la Administración para modificar el objeto del contrato, para interpretar las cláusulas dudosas o ambiguas, para terminar anormalmente el convenio, para calificar el incumplimiento del contratista, o para imponerle una multa o aplicarle una cláusula penal pecuniaria, etc., le son otorgadas expresa y concretamente por la ley (nada exorbitante tienen los entes públicos que ésta no les confiere), que define rigurosamente el marco jurídico para su ejercicio (los requisitos y el procedimiento administrativo).⁵

Esta facultad de poder de introducir modificaciones en los contratos (claro está, dentro de los límites de la razonabilidad) ¿quebranta el principio de la inalterabilidad del contrato, al conceder estas prerrogativas a la Administración pública? ¿Por qué se permite esa desigualdad jurídica? La respuesta es concreta, precisamente por el fin que persigue cada una de las *partes*, el contratista privado, su fin es netamente económico, lo que pretende es obtener una ganancia del negocio jurídico, contrario al fin del Estado que siempre estará enfocado a satisfacer las necesidades públicas.

1.2. Breve descripción de los principios que rigen la contratación pública

Para regular las contrataciones que requieran las entidades del Estado, existe la contratación pública, misma que, conforme la definición establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere a “todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría.”⁶

El proceso de contratación pública, cuyo resultado es el contrato formado por la concurrencia de dos voluntades, de las cuales una es el Estado, debe seguir todo un

⁵ Derecho Público, “Contrataciones Administrativas”, Doctrina III parte, *Cláusulas exorbitantes* (2012), <http://derechopublicoadministrativo.blogspot.com/2012_03_01_archive.html>.

⁶ LOSNCP, art. 6, núm. 5.

procedimiento *precontractual*, que se cumplirá de conformidad con la normativa que para el efecto se haya establecido, observando los principios universales que rigen este tipo de procedimientos y que se recogen en diferentes legislaciones.

Todas las entidades contratantes, para la selección de sus contratistas, deben ejecutar los procedimientos observando los principios que se encuentran reconocidos en la ley, generalmente “el de transparencia, economía y responsabilidad.”⁷ Estos principios se recogen como especificaciones normativas concretas que permiten establecer seguridad jurídica no solo para quienes participan en un procedimiento precontractual, sino también para aquellos que serán beneficiados con el objeto de esa contratación.

Roberto Dromi, hace referencia al Protocolo de Compras Gubernamentales del MERCOSUR aplicable a los Estados parte, que tiene por objeto brindar un trato no discriminatorio a participantes de los procesos de contrataciones de bienes y servicios y obras públicas, efectuados por las entidades públicas y señala que dichos procesos deben “ser realizados de forma transparente, observando los principios básicos de legalidad, objetividad, impersonalidad, moralidad, igualdad, debido proceso, publicidad, vinculación al instrumento de la convocatoria y concurrencia, así como de los que fueran acordes con ellos”.⁸

De manera general se puede referir como principios rectores y de aplicación inmediata a:

1. La legalidad, determina que, toda contratación pública que ejecuten las entidades del Estado, sean estas adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, deben estar descritas y caracterizadas en la ley. En consecuencia, los procedimientos precontractuales y contractuales deben sujetarse a lo que señala la norma legal. El principio de legalidad tiene fundamento constitucional.⁹
2. La publicidad, en cuanto a que dichas contrataciones deben ser conocidas por todos los posibles interesados en participar de la misma, todas las acciones que se desarrollen en los procedimientos precontractuales y contractuales, son de

⁷ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, *Manual de contratación pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 64 y ss.

⁸ Roberto Dromi, “Derecho administrativo”, 483.

⁹ “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.” (*Constitución de la República del Ecuador* [2008], IV “Participación y organización del poder”, cap. séptimo, sección primera, art. 226: 78).

conocimiento público, y se deben realizar a través de medios que permitan dicha difusión (medios de comunicación masiva o las herramientas informáticas establecidas para el efecto), esto garantiza el derecho a la transparencia de la información.

3. La estabilidad, también llamada seguridad jurídica, es un derecho que se encuentra consagrado en la Constitución,¹⁰ por el cual se establece que toda actividad contractual que ejecute el Estado tiene que enmarcarse dentro de los parámetros de la seguridad, la verdad, la transparencia, buscando siempre el bienestar en general.
4. La razonabilidad, entendida como no arbitrariedad; pretende que no se establezcan situaciones al margen de lo establecido en la ley, de forma que no exista favorabilidad a un grupo o persona alguna, si no se encuentran plenamente justificadas por el legislador, evitando de esta manera que se manipule, presione o fomente la corrupción.
5. La igualdad real, en cuanto a oportunidad para el acceso a los procesos de contratación; este principio cuyo contenido se desarrollará de forma más amplia en el siguiente capítulo, es de gran relevancia en la contratación pública, se refiere a que nadie puede tener un trato preferente, por encima de lo que señala la ley, por ende no se puede establecer un trato discriminatorio a uno o varios oferentes.
6. La regulación, sirve para poner límite a la discrecionalidad, a los llamados procesos de emergencia y otros usados como medios para evadir procedimientos de contratación, significa, que todo proceso de contratación pública, debe regularse, caso contrario se estaría frente a procesos anárquicos o arbitrarios; y,
7. La fiscalización, permite contar con un control adecuado para garantizar el compromiso de los actuantes; tiene que ver con la calidad y responsabilidad que deben tener los oferentes al momento de ejecutar los encargos de parte de la administración del Estado, para beneficio de la sociedad, en general.

En el Ecuador, la Constitución de la República determina que la Administración pública, como persona jurídica, actuará enmarcada en los principios “de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación,

¹⁰ “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” (*Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de protección”, art. 82: 37).

participación, planificación, transparencia y evaluación,”¹¹ con un fin primordial: el bien común, para lo cual deberá tomar en cuenta que:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán, solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.¹²

En este marco, la Administración es la llamada a vigilar la aplicación y cumplimiento de los principios generales que le rigen, tomando en cuenta que las compras públicas cumplirán con “criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social.”¹³

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que, los principios que rigen a los procedimientos de contratación pública son la “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional”;¹⁴ principios que fueron establecidos precisamente con el fin de coadyuvar en la ejecución de los diferentes procedimientos, permitiendo una participación activa de los actores de desarrollo, y el control en las diferentes etapas: precontractual, contractual y post contractual. De igual forma señala que todos los procedimientos y los contratos sometidos a la ley en mención, se interpretarán y ejecutarán conforme los principios antes referidos tomando en cuenta siempre, la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato,¹⁵ esta disposición obliga a las entidades a observar y aplicar dichos principios.

Por lo expuesto, los procedimientos de contratación pública referidos en la ley deben observar y aplicar los principios, recordando que “la libre concurrencia, **la igualdad entre los oferentes**, la publicidad y la transparencia son los principios jurídicos propios que hacen la esencia y existencia de la licitación.”¹⁶

¹¹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IV “Participación y organización del poder, cap. séptimo, sección primera, art. 227: 78.

¹² *Ibíd.*, art. 226.

¹³ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. VI, “Régimen de desarrollo”, cap. cuarto, “Soberanía económica”, sección segunda, art. 288: 92.

¹⁴ LOSNCP, art. 4.

¹⁵ *Ibíd.*, art. 5.

¹⁶ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 12ª Edición (Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina/ Hispania Libros, 2009), 483. Énfasis añadido.

1.2.1. Principio de legalidad

“La legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley y de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.”¹⁷ La no aplicación de la legalidad, trae como consecuencia la ilegalidad. La legalidad, será siempre controlada o vigilada por los órganos competentes, quienes tienen el deber de asegurar que el Estado (administración), cumpla con este principio y con las normas que rigen a la contratación pública.

La legalidad determina que una contratación se desarrollará siempre y cuando exista en la norma y se establezca el procedimiento a seguir, los requisitos que debe cumplir en la ejecución precontractual o sus excepciones; esto implica que en materia de contratos, se debe precisar el objeto de la contratación, para identificar el fundamento legal que ampararía el procedimiento a efectuarse.

El principio de legalidad, refiere a “que toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se debe sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, lo que significa que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico,”¹⁸ por ende, tiene que constar en la ley; debiendo entonces, cada uno de los procedimientos administrativos, sus regulaciones y más, encontrarse escritos en la norma vigente, caso contrario, carecerían de legalidad, consecuentemente serían inaplicables.

“La contratación pública por su esencia es estricta y rigurosa desde su inicio, en que deben seguirse los procedimientos preestablecidos en la Ley, Reglamentos y documentos precontractuales tanto para la entidad pública contratante como para el co-contratante en todas sus etapas,”¹⁹ consecuentemente, el órgano público solamente puede actuar de acuerdo a la norma positiva; lo que implica, que la “Administración pública no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley

¹⁷ *Ibíd.*, 53.

¹⁸ Diego Orlando Fernández Suescum, *Manual de derecho público* (Quito: Ediciones Aspiazú, 2000), 12.

¹⁹ Efraín Pérez, *Derecho administrativo*, 3ª Edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 758.

[...] El principio de legalidad opera entonces como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando la Administración cuenta con ella, su actuación es legítima.”²⁰

En este contexto, la contratación pública observará y respetará este principio, debiendo establecer de forma clara y precisa todos los requisitos y condiciones que permitan garantizar a los oferentes un trato igualitario; en razón de que, “el principio de legalidad es el sustento fundamental de la seguridad jurídica.”²¹

1.2.2. Principio de concurrencia

La concurrencia, es un principio por el cual, se “afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, con mayor competencia entre los oferentes, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.”²² La concurrencia evita los monopolios, al establecer que la entidad, debe realizar un procedimiento de selección público, que permita el acceso de todos aquellos interesados en participar en un proceso en el cual, luego de verificar que se encuentren en capacidad de cumplir con los requisitos establecidos en los pliegos se puede elegir la oferta más conveniente a los intereses públicos.

Este principio no es absoluto, por cuanto la normativa jurídica impone restricciones o limitaciones al exigir un control en la capacidad de los oferentes, señalando como ejemplo de restricción o limitación de este principio, la exclusión de los oferentes jurídicamente incapaces, honorabilidad civil, entre otros, e incluye también como excepción el hecho de condicionar en los pliegos la capacidad técnica y de solvencia económica financiera. De igual forma establece que no se puede elegir individualmente, ya que en este caso definitivamente la concurrencia no sería libre.²³

Concurrencia significa participación de varios oferentes. “Al promover la concurrencia del mayor número de ofertas, la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia), o un procedimiento que asegure la realización

²⁰ Augusto Oliver Effio Ordóñez y Alexander Pajuelo Orbegoso, *Principios rectores de la contratación pública*, módulo 1 de capacitación OCSE, <<http://portal.osce.gob.pe/osce/>>.

²¹ Mónica, Vaca Ojeda, *El derecho de asociación aplicado en procedimientos de lista corta de consultoría cuando se ha invitado a firmas consultoras de forma individual*, en *Las Compras Gubernamentales como Políticas Públicas*, Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP (Quito: Poder Gráfico, 2014), 53.

²² Dromi, “Derecho administrativo”, 483.

²³ *Ibíd*, 484.

de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia),”²⁴ cuanto mayor sea el número de participantes, el Estado tendrá mayor posibilidad de elegir su contratista, de acuerdo a las mejores condiciones que en su oferta, presenten los participantes, “lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista.”²⁵

El Principio de concurrencia permite a la Administración luego del proceso licitatorio, tomar las decisiones observando el principio de legalidad, respecto de la mejor oferta escogida por ser la más conveniente, luego de ser evaluada entre todas las ofertas presentadas. Por tanto las entidades deben propender a posibilitar la concurrencia, entendida como la libre posibilidad de participar en la selección del contratista sin coacción, tanto en lo referido al ingreso por propia iniciativa a la licitación, como durante el desenvolvimiento del proceso.²⁶

El principio de concurrencia, “integra los principios inherentes a la defensa de la competencia, resulta plenamente aplicable a las relaciones entre los particulares y el Estado en el ámbito de la contratación administrativa.”²⁷ Se trata de un principio medular en los procedimientos de contratación, al existir más de un interesado en verificar la actuación de las entidades contratantes, obliga también a ésta, a actuar con legalidad y transparencia y adjudicar efectivamente a la oferta más conveniente para la institución, sea por razones técnicas o económicas que deberá justificar a través de la publicación del informe de evaluación efectuado a cada una de las ofertas presentadas.

1.2.3. Principio de transparencia, publicidad, difusión

La transparencia, entendida además, como una obligación de la administración de rendir cuentas con el fin de evitar la corrupción, es otro principio que rige el actuar contractual, permite evidenciar como se desarrollan los procesos, el uso y fin que la Administración da a los recursos públicos.

En este sentido, la licitación pública es un procedimiento que hace viable la diaphanidad del obrar público, fundamentalmente, como hemos dicho, en el manejo de los

²⁴ Juan Carlos Cassange, “Contratos de la administración selección del contratista”, *Revista de Derecho Público* (I Semestre 2006): 57.

²⁵ *Ibíd.*, 57.

²⁶ Roberto Dromi, “Renovación axiológica y normativa de la licitación pública”, *Revista de Derecho Público* (I Semestre 2006): 90.

²⁷ Cassange, “Contratos de la administración selección del contratista”, 56.

fondos públicos, [...] Se entiende entonces que la transparencia como principio rector de la licitación pública abarca –respecto del actuar administrativo– el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.²⁸

El principio de transparencia ligado a la publicidad y difusión, es un complemento del principio de concurrencia. La publicidad, hace posible que un número mayor de oferentes conozcan de los procesos licitatorios (desde la convocatoria hasta la adjudicación) que realiza la administración y decidan su participación en las condiciones allí establecidas; permite a los oferentes contar con un conocimiento total de todos y cada uno de los requisitos y exigencias establecidos en los pliegos, con el fin de que los posibles oferentes puedan efectuar preguntas y solicitar aclaraciones a la Administración respecto de su contenido, significa entonces que la publicidad estará presente a lo largo de todo el desarrollo del procedimiento licitatorio, inclusive para efectos de control ya sea de la administración, los oferentes y todos aquellos particulares que consideren hacerlo.

La publicidad se constituye también en un deber de la Administración, la no publicación²⁹, trae consigo un vicio de procedimiento; la omisión, afecta a los posibles oferentes interesados, que por no tener acceso a esa información, no tendrían oportunidad de presentar sus ofertas y participar en un procedimiento de contratación. Lo mismo ocurre con una publicación defectuosa,³⁰ que se refiere a las publicaciones, que se encuentran incompletas, o se omitió de forma intencional cierta información, con el objeto de beneficiar a determinadas personas en perjuicio de otras; la publicación efectuada de esta manera, acarrea su nulidad al lesionar el principio de igualdad de oportunidades que tienen los posibles oferentes al no contar con una información completa y oportuna.

La publicidad “autoriza a los interesados, para acceder a la documentación precontractual y de ejecución del contrato en cualquier momento”,³¹ adicionalmente, la publicidad contribuye a la realización de un correcto procedimiento de contratación

²⁸ Dromi, “Derecho Administrativo”, 486.

²⁹ “En ningún caso se permitirá la no publicación de información sobre los procesos sujetos a la presente Ley en el Portal COMPRASPUBLICAS.” LOSNCP, Disposición transitoria sexta.

³⁰ Si una publicación no cumple con los requisitos establecidos hay que reputarla defectuosa [...] Los Actos administrativos será objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público. (Ángel Ballesteros Fernández, *Manual de Administración Local*, 5ª Edición (Madrid: Industria Gráfica, 2006), 347).

³¹ Efraín Pérez, “Derecho Administrativo”, 760.

pública, puesto que los particulares-proponentes-oferentes, coadyuvan para que se haga efectivo el principio de la correcta actuación administrativa, permitiendo “el control procedimental de la actividad económico-financiera de la Administración, por la sociedad, por los interesados y oferentes y por los órganos de control, aun de la propia Administración.”³²

En la actualidad, la mayoría de legislaciones permiten la publicidad, no solo por medios escritos, sino que ha incorporado la utilización de medios electrónicos. En la legislación ecuatoriana, como en todas aquellas donde se ha incorporado el uso de herramientas informáticas, admite y autoriza su uso; la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promueve la publicidad de la información y dispone que toda la información relevante, debe ser publicada obligatoriamente en el portal denominado “compras públicas”,³³ que es el medio oficial de publicación de los procesos de contratación, y cuya administración corresponde al Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP;³⁴ esto implica, que ningún procedimiento se ejecutará al margen de la utilización de estas herramientas que facilitan la publicidad de un proceso, exceptuando los procedimientos que sean declarados de emergencia, en cuyo caso la publicación se realizará una vez se haya superado la situación que obligó tal declaratoria. Corresponde entonces a las entidades contratantes en cumplimiento de este principio, difundir las convocatorias o invitaciones, los pliegos con los cuales participarán en el proceso, el acta de apertura de oferta, las adjudicaciones, contratos, órdenes de compra, y toda la documentación relacionada con el proceso.

La única excepción de la publicidad se presenta cuando se trata de procesos para “defensa y seguridad nacional”. Esta excepción se recoge precisamente en artículo 87 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que señala:

³² Dromi, “Renovación axiológica y normativa de la licitación pública”, 95.

³³ LOSNCP, art. 21.

El link para efectuar los procesos a través del Portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP es: <<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/>>.

³⁴ La denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública que se contengan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones; cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como "instituto", "INCP" o "INCOP", deberá ser sustituida por la nueva denominación y las siglas "SERCOP", respectivamente. (Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en *Registro Oficial*, Segundo Suplemento No. 100, Disposiciones transitorias tercera y quinta [14 de Octubre del 2013]).

Art. 87.- Confidencialidad.- Al tratarse de un procedimiento precontractual de bienes, obras y servicios destinados para la Seguridad Interna y Externa, su trámite debe ser llevado con absoluta confidencialidad y reserva, por tanto no será publicado en el Portal www.compraspublicas.gob.ec.

La confidencialidad y reserva, obedecen más que a la naturaleza del procedimiento (de régimen especial), a la entidad que lo realiza; en este caso, las Fuerzas Armadas o Policía Nacional al ser instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, cuya misión fundamental es la defensa de la soberanía y la integridad territorial, y la protección interna y el mantenimiento del orden público respectivamente,³⁵ deben efectuar procedimientos de contratación, sean estos de adquisición de bienes, presentación de servicios u obras que no pueden ser conocidos por todos, puesto que el objeto de los mismos estará destinado a prevenir y combatir amenazas internas o externas, o para la seguridad o defensa nacional, en virtud de que dicha información podría ser usada con un fin diferente al que se persigue.

Salvo la excepción antes referida, en todo lo demás las entidades contratantes deberán cumplir con el principio de publicidad de forma oportuna que permita a todos y cada uno de los oferentes conocer un proceso desde su llamado a concurso hasta la adjudicación y posterior ejecución contractual.

1.2.4. Principio de trato justo

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, considera también como principios rectores de la contratación, al *trato justo* y la *participación nacional*, que para algunos autores son “genéricos y sujetos a interpretación”.³⁶ El trato justo, tiene un aspecto fundamental que es el subjetivo, depende de la percepción de la administración o del oferente, para determinar si realmente se le está o no, concediendo un trato justo.

El concepto generalizado de trato justo es, otorgar a cada quien lo que merece, teniendo en cuenta el respeto, la dignidad y la equidad, este principio debe ser aplicado en la contratación administrativa, pero sigue siendo una definición demasiado subjetiva,

³⁵ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IV “Participación y organización del poder, cap. tercero, sección tercera, art. 158 ([Quito]: Asamblea Constituyente): 58.

³⁶ “Al lado de los principios autoejecutables, existen otros más genéricos, y sujetos a interpretación como son: trato justo, calidad, vigencia tecnológica y oportunidad.” (Efraín Pérez, “Derecho Administrativo”, 757).

quedando a merced de lo que cada persona interprete -a su conveniencia- por trato justo y equitativo, o dar a cada quien lo que se merece, si no se cuenta con parámetros que establezcan de manera clara y objetiva la diferencia.

El trato justo “se configura caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual este se inserta, lo que lo dota de un carácter meramente subjetivo.”³⁷ Es necesario establecer claramente la aplicación del trato justo, con el fin de evitar su calificación a conveniencia, al considerarse que se trata de “un estándar de contenido indeterminado y, por ende, se podrían cometer los mismos abusos que los cometidos hace un siglo, si se les dota de un contenido injusto o irracional”,³⁸ de allí la importancia de contar con una definición que permita comprender su alcance, con reglas claras para en la práctica evitar situaciones que por su indeterminación puedan ser objeto de demandas y sus consecuentes responsabilidades para el Estado que las aplicó.

1.2.5. Participación nacional

La participación nacional, reconocida como otro principio rector de la contratación pública ecuatoriana, promueve y asegura la participación del oferente nacional. De lo anotado, se entendería que este principio es una excepción al principio de igualdad, por cuanto la ley dispone la preferencia de lo nacional sobre lo extranjero. La Ley Orgánica de Contratación Pública,³⁹ con el fin de protegerlos determina la obligación de incorporar en los pliegos, márgenes de preferencia para los nacionales.

La igualdad de derechos es reconocida para todas las persona; nacionales y extranjeros, gozan de los mismos derechos.⁴⁰ Con este reconocimiento, no debería existir impedimento alguno para que participen en igualdad de condiciones oferentes nacionales y extranjeros. En la práctica, no existe una igualdad real de participación

³⁷ Lisbeth Rodríguez Chi, “Generalidades del estándar de trato justo y equitativo. Una aproximación a su conceptualización y contenido obligacional”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales: Revista de la Universidad de Málaga*, (2011), <<http://www.eumed.net/rev/cccss/12/>>. Consulta: 08 de marzo de 2014.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Participación nacional.- Los Pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Competitividad (LOSNC, art. 25.1).

⁴⁰ “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución” (*Constitución de la República del Ecuador* [2008], cap. primero, “Principios de aplicación de derechos”, art. 9:10).

entre oferentes nacionales y extranjeros, al incorporarse en la ley, normas que protegen, promueven y establecen preferencias a favor de oferentes y productos de origen nacional; con la aplicación de procedimientos que prohíben directamente la participación extranjera (como el caso de consultoría). Este incentivo a lo nacional ¿puede considerarse como una discriminación? ¿El favorecer a los nacionales respecto de los extranjeros viola la disposición constitucional que los ecuatorianos y extranjeros gozan de los mismos derechos y deberes? Las respuestas a estas interrogantes, serán resueltas, en el análisis que para el efecto se realiza más adelante, lo que queda claro es que en materia de contratos, lo nacional siempre va estar por sobre lo extranjero.

1.3. El principio de igualdad en la contratación pública

“El principio de igualdad parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la humanidad de la *igual dignidad de toda persona humana*, lo cual es sostenido tanto por las declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la segunda guerra mundial.”⁴¹ De acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, las personas son iguales, y establece el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”,⁴² determinando además que “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”⁴³ De allí la importancia de analizar el principio de igualdad, reconocido también para la contratación pública.

1.3.1. Aspectos relevantes

El principio de igualdad ha sido considerado como uno de los principios más importantes en la sociedad. En la antigüedad se asociaba al concepto de justicia, Aristóteles (384 aC - 322 aC), señalaba: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y

⁴¹ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas” *Revista jurídica interdisciplinaria internacional anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 10 (2006):799 <<http://portalcursocetrei.pge.ce.gov.br>>.

⁴² *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. sexto, “Derechos de la libertad, art. 66, núm. 4:29.

⁴³ *Ibíd.*, tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de derechos”, art. 11, núm. 2:11.

así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto pero no para todos, sino para los desiguales.”⁴⁴

La igualdad, es un principio que se aplica a todas las áreas del derecho, y se lo reconoce como derecho fundamental o constitucional de las personas. Se incorporó en las normas jurídicas con mayor fuerza a partir de la Revolución Francesa (1789) que venció al poder monárquico y proclamó los principios del nuevo estado liberal: libertad, fraternidad e igualdad de los ciudadanos.

Reconocido como Derecho fundamental, se puede evidenciar que la igualdad no se considera únicamente como principio, sino que además se reconoce como un derecho. En este contexto, la ciencia jurídica, define como un concepto amplio pues su contenido es “limitado, ilimitable y delimitable”⁴⁵ y su aplicación se efectuará precisamente en función de lo que la norma constitucional desarrolle.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone en su contenido que los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos; son iguales ante la ley, tanto para no hacer distinción así como para la protección de ellos.⁴⁶ Por ello, este principio es recogido a nivel mundial por diferentes constituciones, con énfasis al reconocimiento de la igualdad ante la ley, es decir, todos los individuos somos iguales ante la ley.

Para materializar la igualdad de los sujetos, el principio de igualdad se entiende como “acceso a” y sin restricción alguna, a: salud, educación, vivienda, trabajo, buen vivir, etc., derechos reconocidos constitucionalmente. Pero también reconoce diferencias de trato, precisamente cuando se efectúa entre aquellos que se reconocen como desiguales, entendiéndose como una forma de protección por la desigualdad.

La igualdad, se concibe como un solo concepto; sin embargo, puede ser analizado por separado: el principio de *igualdad formal* o *igualdad ante la ley* y el principio de *igualdad material* o *real*. “El principio de igualdad formal constituye un

⁴⁴ Aristóteles, *El resto de la Política* (Barcelona: Editorial Atenea, 1999), 32.

⁴⁵ Luis Castillo Córdova, *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008), 78.

⁴⁶ **Artículo 1.-** *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

Artículo 7.- *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.* (Declaración Universal de los Derechos Humanos [1948]).

postulado fundamental del Estado liberal de Derecho y fue enunciado por Leibholz como el reconocimiento de la entidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho.⁴⁷ El “principio de igualdad material, viene siendo entendido como una nueva reinterpretación de la igualdad formal en el Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.”⁴⁸

La Constitución del Ecuador 2008, incorporó tendencias filosóficas modernas y considerando que existen grupos vulnerables, en riesgo o en desigualdad, cuenta con mecanismos que pretenden lograr igualdad a favor de los desiguales. Se trata de equiparar la desigualdad, con la creación de mecanismos de igualdad; a lo largo de su articulado (igualdad material), reconoce que todas las personas son iguales, ya fueren ecuatorianos, extranjeros, naturales o jurídicas, otorgando además igualdad a favor de ciertas abstracciones que en su momento puedan o tengan capacidad de reclamar sus derechos, como son: las comunidades, pueblos y nacionalidades; es decir, la igualdad se aplica de manera objetiva y general a favor de la consideración del sujeto, para que este pueda reclamar sus derechos, “En consecuencia, se puede afirmar que los derechos constitucionales, tanto individuales como colectivos, se encuentran garantizados constitucionalmente.”⁴⁹

De igual forma, se puede advertir que la norma, prevé derechos constitucionales generales de aplicación directa e inmediata y con garantía de exigirlos judicialmente independientemente de la existencia de desarrollo legal. “Los derechos constitucionales son fundamentales porque su esencialidad es intangible a la actuación del legislador que no puede restringirla, desfigurarla o desconocerla, so pena de la inconstitucionalidad de la norma legal que lo pretenda.”⁵⁰ El principio de igualdad que desarrolla nuestra Constitución, es el de *igualdad de derechos* que pueden ser exigidos por igual, y

⁴⁷ G. Leibholz, citado por Encarnación Carmona Cuenca en El Principio de Igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 84 (1994), 265.

⁴⁸ Encarnación Carmona, El Principio de Igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 84 (1994), 265. Ver cita 2 H. Heller.

⁴⁹ Jorge Zavala Egas, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional* (Guayaquil: Edilex Editores, 2010), 107.

⁵⁰ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica* (Guayaquil: Edilex Editores, 2011), 282.

prescribe: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”⁵¹

El principio de igualdad, ha sido motivo de muchas discusiones respecto de su aplicación, no se trata de igualdad en general, sino para los similares, lo que significa que las personas, de acuerdo con la clasificación que el derecho efectúe, serán reconocidos como iguales, de lo contrario recibirán un trato distinto. Se puede señalar que el principio de igualdad se ha desarrollado de una manera objetiva, al establecer que este “resuelve todos los casos idénticos de la misma manera”,⁵² pero también se lo desarrolla con relación a los sujetos, precisamente al establecer la igualdad de los individuos ante la ley.

La igualdad ante la ley, es un derecho que se encuentra consagrado en la misma Constitución, al señalar que todas las personas son iguales; esta igualdad no solo es material sino formal, no da lugar a discriminación alguna, y prescribe “igual trato, e iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones [...], uniformidad de criterio en cuanto a obligaciones y derechos pasivos, sin diferenciaciones clasistas, raciales, de sexo creencia religiosa, idea políticas o sindicales.”⁵³

La igualdad ante la ley, es el derecho que tiene toda persona para ser tratada por igual frente a sus semejantes, sin mirar condiciones de ninguna naturaleza, con el objeto de que pueda gozar de todas las oportunidades que se presenten en la vida pública o privada, además, implica el derecho a no ser discriminado, otorgando el derecho a quien se crea afectado, de acudir ante las autoridades competentes y recibir una reparación, en caso de ser vulnerado. Toda diferencia “basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional.”⁵⁴

La igualdad cuenta con “un parámetro jurídico primordial para el desarrollo normativo de las legislaciones internas y para la ejecución de políticas estatales, aunque su aplicabilidad debe darse, también, en todos los órdenes de la vida pública y

⁵¹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de derechos”, art. 11, núm. 2:11.

⁵² Carlos Mouchet y Becú Zorraquín, *Introducción al Derecho*, 6ª Edición (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967), 131.

⁵³ Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1997), 413.

⁵⁴ Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, 804.

privada.”⁵⁵ El derecho de igualdad ante la ley, se encuentra fuertemente relacionado con el derecho a la no discriminación, pero la igualdad, debe establecerse entre personas que se encuentren en las mismas condiciones o circunstancias; un ejemplo ilustrativo de tal aplicación señala:

En este caso, la “circunstancia” escogida por el Congreso como “relevante” para hacer una distinción fue la de “haber terminado los estudios secundarios”. En este sentido, todas las personas que se encuentren encuadradas en esa “circunstancia” podrán ejercer su derecho a la educación universitaria, mientras que aquellas que no lo estén no podrán hacerlo. Esta distinción no viola, entonces, la igualdad ante la ley. Lo haría, claro está, si se le negara el derecho a estudiar en la universidad a alguien que se encontrara encuadrado en esa “circunstancia”, es decir, si no se le permitiera el ingreso a la universidad a una persona que hubiera completado satisfactoriamente sus estudios secundarios.⁵⁶

La igualdad ante la ley, permite a las personas defenderse en situaciones en que los cuerpos normativos, establezcan diferencias en forma arbitraria frente a otros que se encuentran en las mismas circunstancias. Pero la igualdad ante la ley no fue suficiente, “ya que omitía toda consideración sociológica como son las circunstancias económicas, sociales, culturales y educativas que condicionaban la vida real de las personas, excluyendo elementos básicos para la comprensión y tratamiento de la realidad social, reproduciendo o acentuando las graves disparidades en el ámbito socio-económico.”⁵⁷

El Estado, con el fin de lograr el bien común, pretende corregir las graves desigualdades sociales, y reconoce:

La posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos, como asimismo, se asume la injusticia de tratar de igual forma a quienes se encuentran ante distintas realidades sociales relevantes, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, como así mismo, la tarea promotora del Estado para disminuir las desigualdades materiales y generar las condiciones sociales que posibiliten la igualdad de oportunidades.

Ello implica un *cambio de paradigma*, se pasa de la concepción del Estado formal y liberal de derecho a la concepción del Estado material y social de Derecho,

⁵⁵ Tania Arias Manzano, *La perspectiva de género en la justicia electoral: experiencia en Ecuador*. (ponencia, II Conferencia Iberoamericana sobre “Justicia Electoral”, Panamá, septiembre, 2010).

⁵⁶ Robero Saba, *Desigualdad estructural. En Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 93.

⁵⁷ Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Madrid, Alianza Editorial, 1977), 23.

como asimismo, se pasa del Estado legal al Estado constitucional. En esta nueva concepción la *igualdad constituye el núcleo básico de la justicia, del derecho justo*[...]

Ello posibilita *el paso de la igualdad mediante la ley a la garantía de la igualdad por la ley y en la ley dentro del marco constitucional, el legislador queda vinculado por el derecho a la igualdad en el tratamiento jurídico que debe darle a las personas*. El legislador no es más la medida de la igualdad, sino que el legislador está sometido al principio de la igualdad, a no establecer discriminación, a no establecer diferencias arbitrarias, ya que ello vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley.⁵⁸

En este contexto, el legislador, podrá incorporar en la normativa, ciertas diferenciaciones o preferencias a favor de personas o grupos de estas, siempre y cuando las mismas, se encuentren justificadas, “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”,⁵⁹ lo que obliga a construir un marco jurídico por el cual se establezca igualdad para los iguales, y se trate diferenciadamente a quienes se encuentran en situaciones diferentes; justificando de esta manera, la incorporación de preferencias en la normativa, precisamente para beneficiar a quienes en su momento se encontraban en situación de desventaja.

Consecuentemente, el principio como el derecho a la igualdad, deberá observarse desde la óptica de la igualdad *ante* la ley, y desde la igualdad *en* la ley; tomando en cuenta que igualdad *ante* la ley se “refiere a la eficacia de los mandatos de la igualdad en la aplicación en el ámbito administrativo, en el ámbito jurisdiccional y en la relación entre particulares”; y, “la igualdad *en* la ley, refiere a la igualdad como derecho fundamental, a su eficacia vinculante frente al derecho, frente al legislador.”⁶⁰

1.3.2. Concepto

La igualdad ha sido configurada como un principio de justicia, como una cualidad que se encuentra ligada a la justicia, considerando que donde hay igualdad hay justicia y viceversa. El principio de igualdad, objeto del presente estudio, es uno de los más importantes en el desarrollo de las sociedades.

Existen distintos conceptos de igualdad: La igualdad de trato, ligada a Aristóteles, dicta que la paridad justa consistirá en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. La igualdad política liberal, que se refiere a la idea de que todos los

⁵⁸ Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positiva”, 805. Cursiva añadidas de Nogueira.

⁵⁹ *Ibíd.*, 807.

⁶⁰ *Ibíd.*, 802.

hombres (en los años en que las mujeres eran ciudadanos de segunda categoría) son iguales, lo que quiere decir que deben ser considerados y tratados de igual forma. La igualdad ante la ley, que se deriva del principio que dicta que “todos los hombres son iguales ante la ley.”⁶¹

En el ámbito de la contratación pública, exige, que todos quienes se hallen aptos para participar en un proceso de contratación, reciban igual trato sin discriminación alguna. Las entidades contratantes, deben establecer condiciones que permitan tal participación, esto significa, sin incluir circunstancias que limiten o sitúen a determinados oferentes en estado de superioridad o de preferencia. Por ende, en un procedimiento precontractual, no puede existir diferencia alguna entre los oferentes, participarán en “igual condición entre ellos, ante la entidad pública contratante (máxima autoridad, comisión técnica), y ante la Ley, para ser adjudicados, tomando en cuenta la conveniencia de las ofertas y no de los oferentes.”⁶²

El principio de igualdad “es un mandato de optimización que está caracterizado por el hecho de que puede ser cumplido en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas.”⁶³

La igualdad, como derecho y como principio tiene una estructura jurídica muy compleja, que debe ser aplicada con [...] cautela, porque no podemos olvidar que un trato igualitario a personas diferentes lo que logra es perpetuar la desigualdad. Por tanto, lo importante es diferenciar situaciones distintas y otorgar un trato también distinto, acorde a cada una de aquellas situaciones, para que mediante el trato diferenciado, cada individuo reciba un trato razonablemente justo.⁶⁴

“El derecho o el principio de igualdad es tan amplio y abstracto que también ha sido aplicado en visiones o filosofías de Estado, distintas a las democráticas que conocemos. El desarrollo del principio de igualdad materializado como derecho concreto también dependerá de la visión de Estado”,⁶⁵ entonces, su aplicación y respeto

⁶¹ Mariela Borge, “La discriminación positiva: ¿Acción afirmativa o acción segregacionista?” *Éxito Empresarial* No. 204 (2012): 1, <http://www.cegesti.org/exitoempresarial/publicaciones/publicacion_204_060812_es.pdf>.

⁶² Efraín Pérez, “Derecho Administrativo”, 758.

⁶³ José García Falconí, *Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano* (Quito: Ediciones Rodín, 2011), 41.

⁶⁴ Roberto Bhrunis Lemarie, *Sentencias Constitucionales, Análisis, ponencias y decisiones de un juez* (Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2010), 76.

⁶⁵ Hugo Manuel González Alarcón, *Análisis del principio de igualdad ante la doctrina y la jurisprudencia comparada* (Guayaquil: UCSG, 2012), 6.

dependen del Estado, de su política, de su ideología, pues no se aplicará de la misma manera en un Estado netamente democrático, que un Estado socialista o fascista.

La igualdad, es un derecho fundamental y constitucional que tienen todas las personas para que sean tratadas sin discriminación alguna, frente a sus semejantes, en igualdad de condiciones y que pueden acceder a las mismas oportunidades para emprender en servicios, trabajos, tareas, entre otras actividades. La igualdad como derecho y como principio, “no es definible pura y simplemente en la ciencia jurídica, sino que, es un concepto amplio que como derecho fundamental se va a ir determinando su contenido.”⁶⁶ Sin embargo, resulta complejo, considerando que las normas constitucionales, contienen disposiciones genéricas, que si no se cuenta con herramientas que permita su aplicación, en la práctica, resultaría difícil incorporarlas, más aún cuando su aplicabilidad es entre los semejantes.

Como se puede observar, la igualdad se la entiende de un modo general y amplio; a primera vista, no existe diferencia entre las personas, no existe distinción alguna, de acuerdo a su reconocimiento a nivel constitucional. La igualdad, tiene su excepción, en ciertos casos, no existe igualdad de participantes, ni igualdad de trato, precisamente, por circunstancias o deferencias que el legislador ha considerado deben ser incorporadas en la norma, con el fin de equiparar desigualdades sufridas en el tiempo, y que sin ellas sería imposible lograr su participación; de allí, la inclusión de “preferencias” establecidas en algunas legislaciones, incluyendo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a favor de los de sectores no favorecidos, productos nacionales.⁶⁷

En contratación pública la igualdad significa que todos los sujetos interesados en contratar con el Estado, participarán en idénticas circunstancias, gozarán de las mismas oportunidades, obligando a las entidades a establecer en los pliegos de un proceso, las mismas condiciones para los futuros oferentes, que les permitan obtener la oferta más ventajosa y establecer preferencias hacia quien oferte las mejores condiciones presentes o futuras, sobre la base de la selección objetiva que dispone la ley.

En el proceso de selección del contratista, surge un fenómeno social, jurídico y empresarial, denominado *discriminación positiva* o *discriminación no arbitraria*,

⁶⁶ Luis Castillo Córdova, *Derechos fundamentales y procesos constitucionales* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008), 78.

⁶⁷ Efraín Pérez, “Derecho Administrativo”, 758.

aplicable en forma de preferencias, a favor de las micro, pequeñas, medianas empresas o actores de la economía popular y solidaria, con el fin de que obtengan cierta ventaja frente a otras personas o empresas, cuando participan en un proceso de licitación o de contratación con el Estado, obviamente, cumpliendo las mismas exigencias legales y requisitos establecidos para el efecto; en estas circunstancias, la discriminación positiva o discriminación no arbitraria se define como:

Una acción que, a diferencia de la discriminación negativa (o simplemente discriminación), pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes, con el objeto de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado.⁶⁸

La discriminación positiva, que será abordada de forma puntual más adelante, se diferencia de la discriminación negativa, en cuanto trata de emprender una serie de acciones o medidas, con las cuales se incorpora a las personas, y a los grupos sociales en los diferentes procesos de contrataciones que ejecute el Estado. La ley reconoce e incorpora a las micro, pequeñas y medianas empresas MIPYMES, y los actores de la economía popular y solidaria que por su condición económica y capacidad de producción, reciben una ventaja frente a oferentes que cumplen con los mismos requisitos y condiciones, de acuerdo a las bases solicitadas en un proceso de contratación pública.

Es importante que los procedimientos se efectúen, de tal forma que si bien, se otorga una ventaja, ésta se realice a partir de ciertas condiciones, y no, por el solo hecho de ser MIPYME, la preferencia se debe establecer cuando este grupo, cumpla también con los criterios de calidad y eficiencia y porque no decirlo calidad-costos, que permitan precisamente lograr el objetivo de la contratación pública, que es el de recibir la obra bien o servicio en la calidad y bajo las condiciones con las que se efectuaron los diferentes procesos de contratación.

El legislador debe tratar igual a las personas que se encuentran en situaciones e hipótesis jurídicas iguales y debe tratar diferenciadamente a quienes se encuentran en

⁶⁸ Alma Arámbula, y otros, *Acciones afirmativas. Servicios de investigación y análisis*, Subdirección de Política Exterior (México: 2008), <<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-12-08.pdf>>. Consulta: 26 de diciembre 2014.

situaciones o hipótesis jurídicas diferentes. La igualdad consiste así en una relación, la que debe ser justa, ajena a toda arbitrariedad o diferenciación sin justificación racional y razonable.⁶⁹

El principio de igualdad establece además, que no toda discriminación debe ser prohibida; como hemos analizado, se permite al Estado, establecer diferenciaciones, pero estas serán a través de actos legislativos, por razones justificadas y de acuerdo al marco constitucional.

1.3.3. Principio de no discriminación arbitraria o discriminación positiva

La Constitución y la ley, garantizan el derecho a la igualdad, y lo reconocen además como principio; mismo que, lleva implícito el principio de la no discriminación, a ser aplicado sobre todo por parte de los entes del Estado. Por ello es importante analizar el principio de la no discriminación arbitraria, que consiste en la “capacidad del Estado para establecer restricciones o regulaciones a los particulares [...], siempre y cuando no se afecte la prohibición de discriminación arbitraria”,⁷⁰ entendiéndose como discriminación arbitraria al “atentado típico contra la igualdad, basado en el puro capricho, irracionalidad o desproporción manifiesta.”⁷¹

La igualdad propugnada por la Constitución, no tiene carácter absoluto, existe ciertas limitaciones que deben incorporarse con el objetivo de la consecución de un bien superior o común. En este contexto, la ley puede regular procedimientos, como en el caso de la contratación pública, al establecer medidas necesarias para tratar de equipar a ciertos grupos o sectores que se consideran en desventaja, y colocarlos en una situación de igualdad ante la ley, conocidas como “no discriminación arbitraria o discriminación positiva”.

La discriminación positiva permite que personas, grupos de personas, micro, pequeñas o medianas empresas, en determinadas circunstancias, sean favorecidas en los procesos de contratación pública, al consentir una ventaja real frente al resto de oferentes que pueden concursar o participar en un proceso de contratación.

⁶⁹ Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positiva”, 808.

⁷⁰ Raúl Madrid, “El principio de no discriminación arbitraria en el orden público económico de la constitución chilena”, *Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Nro. 5 (2013): 116 <doi: 10.4013/rechtd.2013.52.03>.

⁷¹ *Ibíd.*, 120.

La Constitución de la República [2008], que dicho sea de paso, instauró en el Ecuador un nuevo Estado, desde el punto de vista jurídico, social y cultural, denominado como constitucional de derechos y justicia, tal como se desprende del artículo 1 de la norma suprema, trata de eliminar obstáculos, y dar la oportunidad, para que todos los actores puedan prestar su contingente en beneficio social y emprender en actividades económicas, contratando con el Estado, cumpliendo con los requisitos y condiciones que la ley señala y propendiendo al bien común. Para ello fija condiciones que permitan que la igualdad sea aplicada entre iguales, es decir, que tengan iguales condiciones, posibilidades, oportunidades. Un procedimiento de contratación en el que participen MIPYME y grandes empresas, vulnera el principio de igualdad, en vista que no es posible compararlas; para equipar esta situación, establece ciertas ventajas que les permitan beneficiarse con una adjudicación, sin que ello signifique que se ha vulnerado el derecho de las personas sean estas naturales o jurídicas, a participar en los concursos de ofertas que la Administración pública convoca; a estas ventajas, se las conoce como discriminación positiva o inversa.

Respecto de la discriminación inversa o positiva, en algunas circunstancias resulta jurídicamente válido, favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales (o determinadas empresas MIPYME) en mayor proporción que a otras, si mediante esa discriminación inversa o positiva, se procura compensar o equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre determinadas personas o grupos sociales y que con la discriminación inversa se benefician.⁷²

Nuestra legislación, precisamente para equilibrar la brecha socio-económica que existe desde tiempos coloniales en nuestra sociedad, incorporó preferencias a favor de las medianas, pequeñas o micro empresas y actores de la economía popular y solidaria, con el objeto de que no existan sectores perjudicados, sino por el contrario, se unan al sector productivo, todos aquellos que de una u otra manera se encontraban en desventaja y que, en otrora, no tenían ni la más mínima oportunidad de obtener una adjudicación o ganar un concurso público para poder celebrar un contrato con el Estado o con la Administración en general.

Las “medidas de acción positiva, a las que se refieren los tratados internacionales sobre derechos humanos, prevén precisamente la aplicación de la discriminación inversa o positiva para favorecerlos ya que se encuentran en desigualdad de condiciones y en

⁷² Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires: Editorial Ediar, 1998), 3.

asimetría social”;⁷³ estas medidas de acción afirmativas son recogidas por el legislador e incorporadas en materia de contratos, para que, las micro, pequeñas o medianas empresas y los actores de la economía popular y solidaria, puedan acceder a los procesos de contratación pública con el Estado, sin que ello quebrante el principio de igualdad, puesto que “solo las discriminaciones negativas o arbitrarias son las que precisamente constituyen la negación de la igualdad.”⁷⁴ Consecuentemente, la llamada discriminación inversa o positiva, no es otra cosa que la superación de las desigualdades sociales, personales, económicas de personas o grupos sociales.

Por lo expuesto, en lo que compete a contratación pública, existe una discriminación por parte del Estado, que se la califica como no arbitraria, en vista que la misma se encuentra reconocida en la Constitución y en la ley y cuenta con un sustento lógico y racional.

⁷³ Viviana Burad, *Discriminación inversa o positiva y el derecho a la igualdad* (2009): 5.
⟨http://www.culturasorda.eu/resources/Burad_V_discriminacion_inversa_positiva_derecho_igualdad_2009.pdf⟩.

⁷⁴ *Ibíd.*, 6.

Capítulo segundo

La contratación pública en el Ecuador

Las normas inherentes a contratación pública, surgen con el objetivo de optimizar las adquisiciones del Estado y lograr una adecuada administración de los fondos públicos. La contratación pública en el Ecuador, ha sido regulada por varios cuerpos legales, como las Leyes de Hacienda Pública, la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, la Ley de Contratación Pública y finalmente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Estos cuerpos normativos, que han incorporado instituciones jurídicas que se mantienen hasta la actualidad, deben ser referidos, con el fin de conocer la evolución histórica de la ley, analizar el nuevo texto aplicado al modelo constitucional y legislación orgánica instaurada a partir de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, que incorpora innovaciones para la aplicación de la contratación pública, basada en el fomento de las políticas públicas y sociales, proyectándose a una mejor participación de los proveedores en general y la creación de los márgenes de preferencia con lo cual se institucionaliza el derecho a la no discriminación en materia de contratación pública, coadyuvando a la construcción del Buen Vivir (sumak kawsay).

2.1. Breve descripción de la contratación pública en el Ecuador

La historia es fundamental para conocer los aspectos que marcaron a la sociedad, siendo necesario, conocer la evolución de la contratación pública, sus ventajas, beneficios y reconocer los errores, para no caer en los mismos, que nos permita ir perfeccionando su accionar y contar con una contratación pública eficiente y eficaz.

La contratación pública en el Ecuador, tiene sus inicios en el Siglo XIX, con “las primeras leyes orgánicas de hacienda dictadas en 1821 y 1824, cuando el país formaba parte de la Gran Colombia y, una vez configurado el Estado ecuatoriano en forma autónoma, se proyecta a través de las diversas ediciones de dicho cuerpo legal, en los años de 1830, 37, 43, 46, 49, 51, 55 y 63, con múltiples y variadas reformas legales, lo

que revela, desde ese entonces, un gran dinamismo e inquietud en el campo legal hacendario.”⁷⁵ La Hacienda pública básicamente imponía normas de control y manejo de los ingresos y egresos del Estado.

Se tiene registro preciso de la Ley de Hacienda de 1863, sancionada por el presidente García Moreno, el 21 de octubre del mismo año, luego de su aprobación por las cámaras legislativas, se mantuvo vigente por 64 años, y es considerada como la de mayor duración; recogió las principales instituciones de las anteriores y se puede observar la aplicación de principios como el de concurrencia y publicidad, por cuanto, determinaba la obligatoriedad de que cualquier contrato que realice el poder ejecutivo debería ser publicado por el periódico oficial o en una hoja suelta, de lo contrario, “todo contrato que se celebre sin este será nulo.”⁷⁶

En 1927, Isidro Ayora asume la presidencia del Ecuador, y encarga la elaboración de la Ley Orgánica de Hacienda, a la misión Kemmerer, conocida con ese nombre por su director el Dr. Walter Kemmerer; expedida el 14 de noviembre de ese mismo año, la Ley Orgánica de Hacienda es conocida como una ley innovadora;⁷⁷ incorporó la figura de la licitación para todo contrato que exceda de cierta cuantía,⁷⁸ exigía la intervención del Contralor General de la Nación, para la celebración de contratos que necesiten egresos públicos,⁷⁹ y creó la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda, para encargarse de adquirir y suministrar a los Departamentos y oficinas los materiales que se necesitan para uso del gobierno; su vigencia fue corta (un año), al aprobarse la Ley Sustitutiva de la Ley Orgánica de Hacienda, expedida por el mismo presidente Ayora, y publicada el 27 de septiembre de 1928,⁸⁰ cuyo objetivo era

⁷⁵ Lexis. Portal Jurídico. Introducción a la LOAFYC, Historia, <http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORIC_LEY_ORGANICA_DE_ADMINISTRACION_FINANCIERA_Y_CONTROL_1977&query=hacienda#Index_tcell1_0>. Consulta: 30 de diciembre de 2014.

⁷⁶ Efraín Pérez, “Derecho Administrativo”, 59.

⁷⁷ Lexis. Portal Jurídico. Introducción a la LOAFYC, Historia, <http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORIC_LEY_ORGANICA_DE_ADMINISTRACION_FINANCIERA_Y_CONTROL_1977&query=hacienda#Index_tcell1_0>. Consulta: 30 de diciembre de 2014.

⁷⁸ Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 1.

⁷⁹ Historia de la Contratación Pública, <<http://hlaguapillo.blogspot.com/2012/02/antecedentes-historicos-contratacion.html>>. Última consulta: 22 de febrero de 2015.

⁸⁰ Ecuador, *Ley Sustitutiva a la Ley Orgánica de Hacienda*, en *Registro Oficial* No. 753 (Quito, 27 de septiembre de 1928). Ley derogada.

el de reforzar las instituciones legales básicas creadas para controlar la anarquía y el desorden que vivía el Ecuador de la época, en la gestión administrativa y económica.

La ley de 1928, al igual que las anteriores, otorgó la administración del Estado al Ministerio de Hacienda, pero redujo el poder de los gobernadores de provincia como jefes de la administración de la hacienda provincial y eliminó ciertas figuras que venían desde la época colonial, como las Juntas de Hacienda y el Tribunal de Cuentas;⁸¹ creó además la Contraloría General, como ente independiente del poder ejecutivo⁸² y oficina central de contabilidad y fiscalización de la hacienda pública, para asegurar la estricta ejecución del presupuesto de ingresos y egresos del Estado.⁸³

De igual forma mantiene la aplicación del principio de publicidad al señalar: “Salvo las excepciones establecidas en la presente Ley, el Poder Ejecutivo, ni por sí, ni por medio de sus agentes, podrá perfeccionar ningún contrato, sino por licitación para lo cual se publicarán anuncios en el periódico oficial, en los que hubiere en el lugar que deba surtir efecto el contrato.”⁸⁴ De esta forma se refuerza la figura jurídica de licitación, instaurada por su antecesora, cuya denominación “licitación”, se mantiene hasta la actualidad.

Las posteriores reformas a la normativa de contratación, básicamente, fue en cuanto a los montos que se fijaron para la contratación y aplicación de procedimientos. En 1944 la Asamblea Nacional Constituyente, mediante Acuerdo Legislativo, facultó al ejecutivo a “emitir los decretos ejecutivos que considere necesario, para exonerar de licitación a las adquisiciones que excedan de diez mil sucres.”⁸⁵

En 1948, el presidente constitucional de la República, Galo Plazo Lasso, expidió el Reglamento para el funcionamiento de la Junta de Licitaciones, en el que dispuso: “Excepto los casos en que por ley se exonere del requisito de licitar, ningún Departamento de Estado, por sí, ni por medio de sus Agentes, podrá perfeccionar contrato alguno, sino con sujeción al presente reglamento”⁸⁶ y disponiendo además, que “todo contrato cuyo valor sea de treinta mil sucres o más será conocido y resuelto por la

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*, art. 199.

⁸³ *Ibíd.*, art. 208.

⁸⁴ *Ibíd.*, art. 258.

⁸⁵ Ecuador, *Acuerdo Legislativo* s/n de 12 de septiembre de 1944, en *Registro Oficial* No. 89 (Quito, 16 de septiembre de 1944), art. 1. Acuerdo Legislativo derogado.

⁸⁶ Ecuador, *Reglamento para el funcionamiento de la Junta de Licitaciones*, en *Registro Oficial* No. 49 (Quito, 29 de octubre de 1948), art. 1. Reglamento derogado.

Junta de Licitaciones”,⁸⁷ misma que estuvo conformada por el Ministro de Hacienda, el Contralor General de la Nación, Procurador General de la Nación, Director del Tesoro y un Secretario. Como se puede evidenciar, la normativa a esa fecha, incorporó regulaciones respecto del procedimiento de licitación.

La Ley Orgánica de Hacienda, se mantuvo vigente hasta el 30 de octubre de 1964, fecha en la que mediante Decreto Supremo No. 2511, la Junta Militar de Gobierno, considerando la necesidad de dictar nuevas normas que regulen la licitación y con el fin de velar por los interés de la hacienda pública, decretó la primera “Ley de Licitaciones” por la cual se establece que: “Todo contrato de construcción de una obra, de adquisición de determinados bienes, o de prestación de un servicio que implique un pago por medio de una institución de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública y cuya cuantía excediera de S/ 200.000 sucres, se someterá a Licitación.”⁸⁸

La Ley de Licitaciones fue derogada en 1965 mediante Decreto Supremo, por una nueva “Ley de Licitaciones”⁸⁹ que regulaba el proceso de contratación, desde la licitación, pasando por la adjudicación hasta llegar a la firma misma del contrato. En 1974, con Decreto Supremo No. 128, se promulgó la denominada “Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas”,⁹⁰ en la cual se establecieron los “comités de licitaciones”⁹¹; el “procedimiento de la licitación”⁹² y “concurso de ofertas”;⁹³ la “presentación de propuestas y adjudicación, en la que se incluída la garantía de la propuesta para asegurar la firma del contrato”;⁹⁴ y todo lo referente a la contratación, cuya innovación, fue la incorporación de la suscripción de contratos complementarios, previo informe del Contralor General del Estado.⁹⁵

⁸⁷ *Ibíd.*, art. 2

⁸⁸ Ecuador, *Ley de Licitaciones*, en *Registro Oficial* No. 364 (Quito, 30 de octubre de 1964), art. 1. Decreto Supremo No. 2511. Ley derogada.

⁸⁹ Ecuador, *Ley de Licitaciones*, en *Registro Oficial* No. 656 (Quito, 28 de diciembre de 1965), Decreto Supremo No. 2755. Ley derogada.

⁹⁰ Ecuador, *Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas*, en *Registro Oficial* No. 486 (Quito, 4 de febrero de 1974), Decreto Supremo No. 128. Ley derogada.

⁹¹ *Ibíd.*, art. 3.

⁹² *Ibíd.*, art. 6.

⁹³ *Ibíd.*, art. 32

⁹⁴ *Ibíd.*, art. 12-8.

⁹⁵ *Ibíd.*, art. 30

En 1976, se expidió una nueva “Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas,”⁹⁶ que en relación a las anteriores, únicamente modificaba montos de contratación, y porcentajes en las “garantías”⁹⁷ que debían ser requeridas por las entidades contratantes; prohibía la “subdivisión de cuantías”⁹⁸ (como medio para eludir procedimientos) y la “cesión de derechos”;⁹⁹ de igual forma, contempló los principios de la licitación, el requerimiento de bases y la certificación de recursos. Esta ley cuyo objetivo al igual que las anteriores era el de regular la contratación pública en el Ecuador, incorporó una institución muy importante en el derecho público, la “terminación unilateral y anticipada del contrato”¹⁰⁰ institución conocida como una de las prerrogativas de la Administración y que se mantiene hasta la actualidad.

En el año 1998, el Plenario de las Comisiones Legislativas, expidió una legislación específica para la contratación de estudios, la Ley de Consultoría, publicada en el Registro Oficial 136 de 24 de febrero de ese mismo año, y codificada en “Registro Oficial 455 de 05 de noviembre de 2004, regulaba todos “los actos relacionados con el ejercicio de la consultoría, así como los contratos de servicios de consultoría o de apoyo a la consultoría que realicen las dependencias, entidades u organismos del sector público”;¹⁰¹ la Ley de Consultoría se mantuvo vigente hasta el 04 de agosto de 2008.

“En 1990 el Plenario de las Comisiones Legislativas, expidió la Ley de Contratación Pública, que fuera publicada en el Registro Oficial 501 de 16 de agosto del mismo año”,¹⁰² por la cual “se sujetarán a las disposiciones de esta Ley el Estado y las entidades del sector público - según las define la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control- que contraten la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.”;¹⁰³ determinaba además un Régimen Especial, para las instituciones del sector público, respecto de las cuales exista una ley especial a la que se deberían sujetar, como por

⁹⁶ Ecuador, *Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas*, en *Registro Oficial* No. 159 (Quito, 27 de agosto de 1976). Decreto Supremo No. 679. Ley derogada.

⁹⁷ *Ibíd.*, art. 18.

⁹⁸ *Ibíd.*, art. 49.

⁹⁹ *Ibíd.*, art. 50.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, art. 51.

¹⁰¹ Ecuador, *Ley de Consultoría*, en *Registro Oficial*. No. 136 (Quito, 24 de febrero de 1989), art. 4. Ley derogada.

¹⁰² Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 11.

¹⁰³ Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, en *Registro Oficial* No. 501 (Quito, 16 de agosto 1990), art. 1. Ley derogada

ejemplo, las contrataciones petroleras sujetas a la Ley de Hidrocarburos, Ley de Petroecuador y otras normas específicas para la contratación de la ampliación del Oleoducto Transecuatoriano; y, la obligatoriedad de contar con informes previos de los organismos de control, es decir, que todos los contratos que hubieren sido adjudicados, siguiendo los trámites de licitación o concursos públicos, requerían de los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado, previa a su suscripción. De igual forma eran necesarios estos informes para los contratos cuyo monto sea igual o superior a la base para el concurso público de ofertas, aunque dichos procesos no hubieren sido licitados o concursados; y además, por ser contratos que implicaban egresos de fondos públicos con cargo al presupuesto del gobierno nacional, era necesario el informe del Ministro de Finanzas y Crédito Público.¹⁰⁴ “El 22 de febrero de 2001, en el Registro Oficial 272 se expide la Codificación de la Ley de Contratación Pública.”¹⁰⁵

Las modificaciones incorporadas en la normativa antes referida, no alteraron desde la ley de Licitaciones de 1976, los lineamientos generales determinados para la contratación pública. Es importante recordar, que dicha normativa, permitía que cada entidad contratante, cuente con un reglamento interno de contratación, que era expedido por la máxima autoridad; dando como resultado, diversidad de normas jurídicas, cuya consecuencia era un ordenamiento jurídico desordenado, que permitía que cada entidad administre un registro de proveedores, sin requisitos homologados ni normas de control que garanticen el derecho a todos los ecuatorianos a ser proveedores del Estado y sus instituciones. La planificación no era un requisito obligatorio lo cual proliferaba el uso de contrataciones directas, práctica que fomentaba la improvisada ejecución de procesos de contratación, perjudicando al Estado y consecuentemente a la mayoría de ciudadanos.

La característica principal de las sucesivas leyes de Contratación Pública, antes referidas, incluyendo la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, radica en que, todas norman los procedimientos precontractuales hasta la adjudicación; la suscripción del contrato y sus posibles reformas; las formas de

¹⁰⁴Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, en *Registro Oficial* No. 501 (Quito, 16 de agosto 1990), art. 65. Ley derogada.

¹⁰⁵Ecuador, *Codificación de la Ley de Contratación Pública*, en *Registro Oficial* No. 272 (Quito, 22 de febrero 1990). Ley derogada.

terminación, especialmente la terminación unilateral y anticipada del contrato; las entregas recepciones; estableciendo además, la supletoriedad del Código Civil en todo lo que no esté normado.

Esta es la historia de la agitada contratación pública del Ecuador;¹⁰⁶ sin duda alguna, nuestro país, en materia de contratación pública, contó con una legislación obsoleta, que no respondía a la realidad contemporánea y que se prestaba para prácticas obscuras y desleales. La nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, trae consigo innovaciones muy importantes como el uso de procedimientos electrónicos, lo que promueve y facilita la participación de más contratistas, mejora los procesos y fomenta la eficiencia y economía del Estado.

La contratación estatal siempre fue parte del accionar del Estado, que en principio fue utilizada para el funcionamiento del gobierno, y a lo largo de los años se fue perfeccionando al ir incorporándose varias figuras jurídicas; en la actualidad la contratación se ha convertido en un mecanismo por el cual el Estado garantiza el ejercicio de varios derechos consagrados en la Constitución a favor de la sociedad, mediante la implementación de políticas públicas y sociales, como los márgenes de preferencia a los micro y pequeños proveedores locales.

Se trata de una rama muy importante del Derecho administrativo, considerando que las compras públicas son uno de los motores más influyentes en la economía mundial, en virtud de que el Estado por naturaleza es el mayor consumista. Por ello, es importante que los recursos públicos, empleados en la ejecución de obras, la adquisición de bienes y prestación de servicios, sirvan como elemento que dinamice la economía local y nacional, promoviendo la capacidad ecuatoriana y generando competitividad en todos los sectores.

2.2. La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Ecuador, en las últimas décadas, atravesó momentos que marcaron a la Administración pública, específicamente a la contratación pública; escándalos sobre actos de corrupción en los procesos de contratación, eran denunciados frecuentemente, mismos que se originaban, precisamente por la falta de planificación y de políticas

¹⁰⁶ Ver, Ecuador, *Ley Orgánica de Hacienda*, Colección de leyes y decretos dados por el Congreso Constitucional de 1863 (Quito, Imprenta Nacional, 1864): 225.

públicas, cuyos resultados se veían reflejados en un desperdicio de recursos públicos que causaban grandes perjuicios para el Estado. Ante esta situación, surge la necesidad de estructurar una normativa que permita transparentar y regular todos los procedimientos que efectúe la Administración pública respecto de sus contrataciones.

En este contexto, se expide la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, -LOSNC-; que introduce importantes modificaciones al ordenamiento jurídico, propendiendo a la utilización de nuevas tecnologías; cambiando radicalmente el esquema lógico de las contrataciones estatales que durante décadas estuvo vigente; creando figuras jurídicas que incentivan la mayor participación de los proveedores en igual proporción; crea el organismo regulador, entidad que propone un cambio de concepto en cuanto a las compras públicas, que adaptan a la sociedad moderna al sistema de la globalización; estableciendo el nuevo sistema nacional de contratación pública, denominado “compras públicas”, con el fin de que las entidades u organismos públicos, cuenten con una planificación, programación, administración y recursos previos, para realizar todas las adquisiciones de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría y ejecución de obras que requieran los organismos y entidades públicas.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.
8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital,

La LOSNCP, pretende que los procesos de contratación, se efectúen de tal forma que se pueda integrar las políticas públicas a la contratación, a través del reforzamiento de las atribuciones de regulación y control al sector público, con el único fin de lograr el bien común; fomenta, principalmente a la producción nacional; busca la participación activa de todos los actores; el control en sus diferentes etapas precontractual, contractual y postcontractual; y, considera que la contratación debe ser ejecutada a través de procedimientos ágiles, transparentes y eficientes.

El sistema nacional de contratación pública, está compuesto por el Servicio Nacional de Contratación Pública, y las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública.¹⁰⁸ El Servicio Nacional de Contratación Pública¹⁰⁹ -SERCOP- es el ente rector en materia de contratación y tiene entre sus atribuciones, la de “desarrollar y administrar el sistema oficial de contratación pública del Ecuador, “compras públicas” y establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del sistema”,¹¹⁰ que dicho sea de paso, es de uso obligatorio para todas las entidades señaladas en la Ley.

Se crea el “Registro Único de Proveedores” -RUP-, como un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar, bajo la administración del SERCOP.¹¹¹ El RUP permite la verificación de la situación legal del proveedor, siendo obligatorio su registro, pues únicamente su habilitación permitirá la participación de los oferentes, sea de forma individual o mediante asociaciones o consorcios en las diferentes contrataciones reguladas por la ley, para lo cual deberán registrarse, cumpliendo con

patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.” (LOSNCP, art. 1).

¹⁰⁸ LOSNCP, art. 8.

¹⁰⁹ La denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública que se contengan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones; cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como "instituto", "INCP" o "INCOP", deberá ser sustituida por la nueva denominación y las siglas "SERCOP", respectivamente. (Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en *Registro Oficial*, Segundo Suplemento No. 100, Disposiciones transitorias tercera y quinta [14 de Octubre del 2013]).

¹¹⁰ LOSNCP, art. 10 núm. 5.

¹¹¹ *Ibíd.*, art. 16.

todos y cada uno de los requisitos establecidos en la Resolución INCOP-052-2011 dictada para el efecto.¹¹²

La referida Ley, tiene como objetivo innovar a la contratación a través de la incorporación de procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, lograr que los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes, sirvan como elemento dinamizador de la economía local y nacional, evitar situaciones de corrupción, transparentar los procesos, con la utilización del sistema tecnológico oficial www.compraspublicas.gob.ec, bajo la constante supervisión del órgano rector en materia de contratación, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente desde hace seis años, cuenta con una visión integral de la contratación pública, misma que ha sido institucionalizada, obliga a contar con una planificación ligada al presupuesto de cada entidad, mantener el registro único de proveedores, la simplificación, modernización, control y seguimiento de procedimientos, y por sobre todo, impulsar la producción nacional, la incorporación de las MIPYME y actores de la economía popular y solidaria, e incluir mecanismos de asociatividad.

2.3. Procedimientos precontractuales

El procedimiento precontractual, tiene como finalidad adjudicar a una persona natural o jurídica, asociaciones o consorcios de estas, la realización de una obra, la prestación de un servicio, o la adquisición o arrendamiento de un bien. La LOSNCP, incorporó nuevos procedimientos de contratación disponiendo que las entidades que requieran contratar, puedan hacerlo, a través de estos procedimientos. Se establece un régimen común y régimen especial. Dentro del régimen común encontramos a los procedimientos dinámicos, procedimientos comunes y procedimientos especiales.

Los procedimientos “dinámicos”, comprenden: las compras por catálogo electrónico¹¹³ y la subasta inversa. Las compras por catálogo, es el primer

¹¹²Ecuador, Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, “Resolución INCOP-052-2011: Procedimiento administrativo del registro único de proveedores -RUP-, registro de entidades contratantes y registro de incumplimientos” (Quito, 11 de octubre de 2011), <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>. Consulta: 21 de enero de 2014.

procedimiento de contratación al que deben acudir las entidades para adquirir bienes o servicios “normalizados” (significa que las características o especificaciones, deben ser comparables en igualdad de condiciones), para de forma directa de acuerdo con su requerimiento, proceder a la compra en línea, que se perfecciona con la presentación de la factura correspondiente. En el catálogo electrónico, se registran todos los bienes y servicios normalizados, de acuerdo con los convenios marco que el SERCOP debe celebrar con sus posibles proveedores, debiendo las entidades de forma obligatoria verificar el catálogo, previo a iniciar otro procedimiento de contratación.

La subasta inversa, es el procedimiento dinámico, al cual acuden las entidades contratantes luego de verificar que sus bienes o servicios no constan en el catálogo electrónico. La Ley determina que, “Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las entidades contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del portal de compras públicas.”¹¹⁴ La utilización de estos procedimientos simplifica el proceso de contratación que puede ser efectuado de forma ágil al disminuir considerablemente el tiempo que se toma en la ejecución precontractual.

En lo que refiere a los denominados “procedimientos comunes” encontramos a la licitación, cotización, menor cuantía e ínfima cuantía. Estos procedimientos se utilizan, cuando no ha sido posible contratar a través de los procedimientos dinámicos, en caso de tratarse de bienes o servicios normalizados; cuando hayan sido declarado desiertos estos procedimientos; o, cuando se trate de bienes y servicios no normalizados; y, para la contratación de ejecución de obras.

La elección de cualquiera de los procedimientos comunes, se determina por el monto o presupuesto referencial de la contratación que fija la entidad contratante; este deberá encontrarse dentro del rango del coeficiente establecido en la ley, que resulta de multiplicar los coeficientes que se detallan a continuación por el monto del presupuesto inicial general del Estado:

^{113c}“Catálogo Electrónico: Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gob.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco” (LOSNC, art. 6, núm. 3).

¹¹⁴ *Ibíd.*, art. 47.

Objeto de contratación	Procedimiento	Coefficientes*		
	Ínfima cuantía	<	0,000002	
Bienes y servicios	Menor cuantía	<	0,000002	
	Cotización	entre	0,000002	0,000015
	Licitación	>	0,000015	
Obras	Menor cuantía	<	0,000007	
	Cotización	entre	0,000007	0,00003
	Licitación	>	0,00003	

* ver referencia¹¹⁵

De igual forma, la ley incorporó a su articulado el procedimiento para contratar los servicios especializados de consultoría, antiguamente regulados por su propia ley, definidos como:

La prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.¹¹⁶

Para realizar la contratación de consultorías, se establece tres procedimientos a utilizar: contratación directa, lista corta y concurso público; la diferencia entre estos procedimientos, radica al igual que en los procedimientos comunes, básicamente en el presupuesto referencial de la contratación:

Objeto de contratación	Procedimiento	Coefficientes*		
Consultoría	Directa	<	0,000002	
	Lista corta	entre	0,000002	0,000015
	Concurso público	>	0,000015	

*ver referencia¹¹⁷

¹¹⁵ Coeficientes constantes en los artículos 48, 50, 51 y 52.1, respectivamente, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹⁶ LOSNCP, art. 6. núm. 8.

¹¹⁷ Coeficientes establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En lo que respecta a los procedimientos denominados “especiales” la LOSNCP refiere como tales a la contratación integral por precio fijo, contrataciones en situaciones de emergencia, la adquisición de bienes inmuebles, arrendamiento de bienes inmuebles y la feria inclusiva.

Finalmente, se efectuarán a través del “régimen especial” las contrataciones que se encuentran establecidas en el artículo 2 de la LOSNCP, que realicen las entidades públicas, bajo criterios de selectividad.¹¹⁸ El procedimiento de las contrataciones referidas en este artículo, se encuentra señalado en el Reglamento General de la Ley.¹¹⁹

¹¹⁸ Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;
2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;
4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes;
5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica;
6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPUBLICAS;
7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;
8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública.

9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo;

10. Los de contratación que requiera el Banco Central del Ecuador previstas en el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero. (LOSNCP, art.2).

¹¹⁹ Ecuador. Presidencia de la República, “Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Decreto Ejecutivo No. 1700 publicado en *Registro Oficial* Suplemento, No.

La única excepción a someterse a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es para aquellos contratos que se efectúen bajo procedimientos establecidos por la suscripción de convenios con organismos multilaterales de crédito, por ejemplo BID, CAF, BM, etc.

La particularidad o innovación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es la incorporación de la “preferencia” en los procedimientos de contratación. El legislador consideró de manera expresa fijar “márgenes de preferencia” no solo para la producción nacional, sino también para MIPYME, y actores de la economía popular y solidaria, concretamente en los procedimientos de cotización y menor cuantía. Para hacer efectiva la preferencia, dispuso la asignación de parámetros de calificación *cualitativos*, en el caso de los procedimientos de menor cuantía, que deben ser incorporados en los pliegos para evaluar las ofertas que se presenten en dicho procedimiento, en el cual se invita a participar únicamente a los micro pequeño y medianos proveedores y a los actores de la economía solidaria; y, para el procedimiento de cotización, parámetros de calificación *valorados*, en virtud de la participación de oferentes que no pertenecen a las MIPYME y la incorporación del margen de preferencia de localidad.¹²⁰

Los procedimientos antes señalados, fueron incorporados en la ley, con el fin de modernizar el proceso de contratación y convertirlo en un instrumento de eficiencia en la gestión de los recursos del Estado, incentivando y garantizando la participación nacional y de micro, pequeños y medianos proveedores, pero apunta también a que estos proveedores sean confiables y competitivos. De allí la importancia de las entidades contratantes de vigilar, que no solo se adjudique un contrato por haber resultado un oferente favorecido con una preferencia, sino por el contrario, esta preferencia se otorgue precisamente, porque estos proveedores cumplen con criterios de calidad preestablecidos en las condiciones del concurso o pliegos.

588 de 12 de mayo de 2009, cap. sexto, “Procedimientos Especiales”. En adelante se cita a este Reglamento como RGLOSNCOP.

¹²⁰ Ver Resoluciones No. RE-INCOP-2013-0097, No. RE-INCOP-2013-0098.

2.4. Legislación comparada respecto del principio de igualdad en los procedimientos de contratación, Colombia, Perú y España

Colombia, constitucionalmente, reconoce al principio de igualdad y, asegura a sus integrantes, entre otros derechos, el derecho de igualdad de los individuos. En el tema que nos ocupa, la Constitución colombiana, en su artículo 209 dispone: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los **principios de igualdad**, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”,¹²¹ evidenciando que el principio de igualdad es un principio rector de la función administrativa en Colombia.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que entró en vigencia el 28 de octubre de 1993, fija las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales colombianas, y señala respecto de las actuación de las entidades estatales en los procesos de contratación:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.¹²²

La contratación estatal colombiana, está sujeta a los principios que rigen a la función administrativa y a los principios generales del derecho, consecuentemente, el principio de igualdad está implícito en la contratación estatal.

La legislación colombiana, en materia de reglamentación contractual ha sido objeto de varias reformas, en las que se puede evidenciar, que efectivamente tienden a priorizar la participación nacional, en los procedimientos contractuales y la incorporación de micro, pequeñas y medianas empresas, conocidas como MIPYME, en aplicación de fallos dictados en virtud de las demandas de inconstitucionalidad planteadas a la Ley 80.

¹²¹ *Constitución Política de Colombia* [1991], tít. 7 “De la rama ejecutiva”, cap. 5 “De la función Administrativa”, art. 209: 73. Lo resaltado fuera de texto

¹²² Colombia. Ley 80, *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia*. [1993] art .23. Consulta: 06 de junio de 2014. <<http://www.contratacionestatal.co/estatuto-general-de-contratacion-de-la-administracion-publica-contratacion-estatal/>>. En adelante se cita como Ley 80

Un caso interesante es, el resuelto por la Corte Constitucional colombiana frente a una demanda en la que, se plantea la inconstitucionalidad de los artículos 24, 29,30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia,¹²³ por cuanto a criterio del demandante, dichas disposiciones acusadas violan los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución,¹²⁴ y considera que la inconstitucionalidad de esa norma se deriva del incumplimiento del Estado de establecer acciones afirmativas en la contratación administrativa que beneficie a los grupos discriminados o marginados, puesto que las acciones afirmativas, se constituyen en mecanismos obligatorios para que la administración haga efectiva la igualdad real y material en el Estado Social de

¹²³ artículos demandados:

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

En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

(...)

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

(...)

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

(...)

Artículo 29. La selección de contratistas será objetiva.

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

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

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

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

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

(...)

Parágrafo. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública". Colombia, Ley 80.

¹²⁴ 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. (*Constitución Política de Colombia*, tít. 2, "De los derechos, las garantías y los deberes", cap.1, "De los derechos fundamentales", art. 13: incisos 2 y 3)

Derecho, en atención a que “el contrato público es un instrumento para luchar contra la desigualdad” y por ende el legislador deberá aplicar esos privilegios también a la contratación estatal.¹²⁵

El Procurador parte procesal en este caso, analizó el concepto y finalidad de las acciones afirmativas para concluir que las medidas de discriminación positiva:

En temas económicos deben ser consagradas directamente en la ley y no como un asunto potestativo de la administración en cada proceso contractual, para preservar la igualdad y la seguridad jurídica en las actividades económicas frente a tratos discriminatorios que pudieran darse en el ejercicio de la potestad pretendida por el demandante.¹²⁶

En este contexto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, procedió con el análisis de, si la selección objetiva de contratistas del Estado, teniendo en cuenta “como factores y reglas de escogencia” las ventajas y privilegios económicos y financieros a que hacen referencia las normas acusadas, viola el principio a la igualdad, al no permitir a la administración adoptar medidas de acción afirmativa a favor de los grupos marginados o discriminados de la sociedad.¹²⁷

La Sala, por las consideraciones analizadas en su conjunto respecto de los temas planteados, declaro *exequibles*, a los artículos demandados considerando “que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los

¹²⁵ DEMANDA:

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

En cuanto a los criterios de selección objetiva e igualdad de oportunidades como principios de transparencia en la contratación, el demandante dijo que son entendidos como “un sinónimo de igualdad formal”, en tanto que otorga los mismos derechos a los participantes sin tener en cuenta que, mediante la contratación pública, el Estado puede privilegiar a quienes se encuentren en situación de debilidad manifiesta o en circunstancias de discriminación. Así, el demandante considera que “las primeras personas que deben tener posibilidades para actuar como colaboradores del Estado son las personas que se encuentran en situación de marginalidad o discriminación, ya que son precisamente ellos, los que por su situación no pueden acceder al ingreso, a la renta y el trabajo en el libre mercado”. Por estas razones, concluye que desconocer la posibilidad de introducir acciones afirmativas en los pliegos de condición o términos de referencia, es contrario al principio de igualdad material consagrado en la Constitución.

Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-932/07, Referencia: expediente D-6794] 2007. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-932-07.htm>>.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.¹²⁸ La Sala en su fallo, enfatiza la singularidad del contrato público respecto de la desigualdad que existe entre el Estado y el particular, y que no es objeto del presente análisis, precisamente por el fin que persiguen cada una de las partes, como bien sabemos, el interés general del Estado siempre va estar por encima del interés propio del particular. Pero lo principal y materia de estudio, es el hecho de que el Estado debe promover la igualdad de los oferentes y no permitir el trato desigual o discriminatorio, que como podemos observar se efectúa entre los considerados iguales, con la aplicación de medidas o acciones afirmativas.

Sobre la base del principio de igualdad, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-862/08 señala:

La Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado.¹²⁹

Esta se ha establecido en una regla que ha permitido determinar si los beneficios a micro, pequeñas y medianas empresas MIPYME constituyen o no una medida discriminatoria.

De la revisión efectuada a los fallos dictados en materia de contratación pública, podemos observar que la Corte Constitucional, hace énfasis en sus resoluciones en la observancia de los principios que rigen a la Administración principalmente al principio

¹²⁸ EXTRACTO: "la selección que no tuviera en cuenta tales circunstancias [la experiencia, la organización, los equipos etc.], no resultaría suficientemente garantista del interés general, y podría, incluso, clasificarse de negligente. Y por otro lado ve también que las circunstancias anotadas, cuando llevan a la selección, no la hacen subjetiva o discriminatoria, y ello por cuanto de conformidad con lo reiteradamente afirmado por la jurisprudencia constitucional, la igualdad no consiste necesariamente en dar un trato idéntico a todos los individuos. En efecto, esta Corte en muchas oportunidades ha hecho ver que un trato desigual está muchas veces constitucionalmente legitimado (...).

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

Colombia, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-400/99 de 1999 <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-932-07.htm>> Ver Anexo.

¹²⁹ Colombia, Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-862/08], <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-932-07.htm>> Ver Anexo.

de igualdad,¹³⁰ por ende, “en las licitaciones públicas, pueden participar todas las personas naturales y jurídicas, consorcios y uniones temporales que cumplan con las condiciones de idoneidad técnica, jurídica y financiera, **en igualdad de condiciones** y en aplicación del principio de libertad de concurrencia.”¹³¹ Tal es la importancia que da a su aplicación que determina:

*Según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe, pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista.*¹³²

Pero reconoce además que la aplicación del principio de igualdad se debe efectuar cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

El artículo 13 de la Constitución reconoce el principio y derecho a la igualdad. Como ha precisado la jurisprudencia constitucional, de este precepto se desprenden los siguientes mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten

¹³⁰ Ver sentencias:

Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-713/09, Referencia: expediente D- D-7663] 2009. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C713/09.htm>> (Última vista 22 de febrero de 2015).

Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-595/14, Referencia: expediente D-10101] 2014. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-595-14.htm>> (Última vista 22 de febrero de 2015).

Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-887/02, Referencia: expediente D-4019] 2002. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-887/02.htm>> (Última vista 22 de febrero de 2015).

Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-088/00, Referencia: expediente D-2469] 2000. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-088/00.htm>> (Última vista 22 de febrero de 2015).

Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-429/97, Referencia: expediente D-1594] 1997. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria.htm>> (Última vista 22 de febrero de 2015).

¹³¹ Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-620/12, Referencia: expediente D-8955] 2012. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-620-12.htm>> (Última vista 22 de febrero de 2015). Lo resaltado me pertenece.

¹³² Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, [Sentencia C-887/02, Referencia: expediente D-4019] 2002. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-887/02.htm>> (Última vista 22 de febrero de 2015). Las cursivas son del texto.

ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

En este marco y comparando con nuestra legislación, podemos evidenciar que el gobierno colombiano a través de su legislación y de los fallos de la Corte Constitucional, dispone la aplicación obligatoria del principio de igualdad en los mandatos antes referidos; e incorpora además, medidas para incentivar la participación de las MIPYME en la contratación estatal, estableciendo reglas y mecanismos que les permitan acceder a ciertas preferencias o ventajas en relación al resto de oferentes.

De la información tomada del portal de contratación estatal,¹³³ medio oficial de la contratación pública colombiana, se evidencia que su legislación también promueve la producción nacional, y aplica la favorabilidad de la propuesta nacional en los siguientes casos:

En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

Si se presenta empate o este persiste se prefiere las ofertas presentada por una MIPYME nacional.

Si aún persiste el empate, se prefiere la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: este conformado por al menos una MIPYME nacional que tenga una participación de por lo menos el 25%, la MIPYME aporte mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta y ni la MIPYME, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura.¹³⁴

De acuerdo con lo señalado, el margen de preferencia, para ofertas nacionales y para las MIPYME, se determina en casos de empate, lo que significa que las MIPYME como cualquier otro oferente participante (nacional o extranjero), entran en los diferentes procesos de contratación pública reconocidos en la ley colombiana, en igualdad de condiciones y, la preferencia a las micro, pequeñas o medianas empresas es posterior, es decir, cuando luego de la evaluación objetiva de las ofertas existe un empate entre los oferentes.

¹³³ Colombia a través del ente rector del sistema de compras y contratación pública, implemento el sistema de compra eficiente, para referencia consultar: <<http://www.contratacionestatal.co/>>.

¹³⁴ Colombia. Presidencia de la República, *Decreto 1510*, en Diario Oficial 48854 (Bogotá, 17 de julio de 2013), art. 33.

La ley en materia de contratos colombiana, reconoce además la convocatoria limitada a MIPYME en los procesos de licitación pública, selección abreviada y concursos de méritos establecidos en la misma, determinando que:

Se debe limitar a las MIPYME nacionales con mínimo un (1) año de existencia, cuando el valor del proceso de contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América US\$125.000, liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y, cuando la entidad estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) MIPYME nacionales para limitar la convocatoria a MIPYME nacionales, estas solicitudes deben ser recibidas por lo menos un (1) día hábil antes de la apertura del proceso de selección.¹³⁵

Colombia, reconoce e impulsa la participación de este sector, siempre y cuando cumpla con lo antes señalado, impulsa también su producción nacional, al igual que Ecuador, con la diferencia que de acuerdo a los Convenios comerciales suscritos por Colombia y otros países, reconoce la participación de nacionales y extranjeros; tal es el caso, que se pueden por ejemplo:

Reconocer como si fueran colombianos, en los procesos de contratación que lleve adelante las entidades públicas “los bienes y servicios producidos en Chile; y como chilenos en los procesos públicos adelantados en Chile, los bienes y servicios producidos en Colombia. Existiendo así la posibilidad de participar en igualdad de condiciones, en los procesos de contratación pública cubiertos por los Acuerdos Comerciales.”¹³⁶

La diferencia entre la legislación colombiana y la nuestra, respecto de la preferencia, radica básicamente en que, Colombia otorga las preferencias a las MIPYME, siempre y cuando estas cumplan con las exigencias y los criterios de calidad requeridos y *no*, por el solo hecho de ser MIPYME como se realiza en nuestro país.

Perú por su parte, en su marco constitucional, también incorpora en su texto a la contratación pública, “al disponer que las entidades estatales están obligadas a sujetarse a los procedimientos administrativos de licitación o concurso público que establezcan

¹³⁵ *Ibíd.*, art. 152.

¹³⁶ Colombia, Servicio de Contratación Pública, SECOP, *Guía de contratación pública para micro y pequeñas empresas –MIPYME–* (2013): 16, <<http://www.yocomprocolombiano.com/wp-content/uploads/2014/03/actualizacion-guia-mipymes.pdf.pdf>> (Consulta: 02 de julio de 2014, última vista febrero de 2015).

las leyes respectivas, con la finalidad de garantizar la correcta utilización de los recursos públicos y permitir la libre concurrencia de oferentes.”¹³⁷

Mediante Decreto Legislativo Nro. 1017 el Congreso Peruano aprobó la “Ley de Contrataciones del Estado.”¹³⁸ La norma peruana al igual que la ecuatoriana, determina los principios rectores, pero a diferencia de nuestra normativa, realiza una definición clara de cada uno de ellos, con el fin de permitir su aplicabilidad.¹³⁹ Estos principios

¹³⁷ “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La Contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”. (Constitución Política del Perú [1993], tit. III, “Del régimen económico”, cap. IV, “Del régimen tributario y presupuestal”, art. 76).

¹³⁸ Perú, “Ley de Contrataciones del Estado” Nro. 1017 [2009], <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf>.

¹³⁹ “Principios que rigen las contrataciones”:

“Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

- a) Principio de Promoción del Desarrollo Humano: La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.
- b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.
- c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.
- d) Principio de Imparcialidad: Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.
- e) Principio de Razonabilidad: En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.
- f) Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.
- g) Principio de Publicidad: Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.
- h) Principio de Transparencia: Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento.
- i) Principio de Economía: En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.
- j) Principio de Vigencia Tecnológica: Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y

esenciales, por expreso mandato legal “tienen como finalidad garantizar que las entidades del sector público, obtengan bienes, servicios y obras de calidad, en forma oportuna y a precios o costos adecuados, y además sirven de criterio interpretativo que permita resolver la aplicación de la ley y su reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios.

El principio de igualdad, determinado en la ley peruana, contempla la prohibición expresa de “privilegios, ventajas o prerrogativas,”¹⁴⁰ consecuentemente todos los posibles oferentes que participen en procesos para la provisión de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, participarán en condiciones semejantes respetando el trato justo e igualitario, propiciando la participación objetiva e imparcial en los concursos públicos, sean estos nacionales o extranjeros.

La legislación peruana, también contempla un trato preferencial para las micro y pequeñas empresas, pero son muy claros en establecer que propician su participación siempre y cuando “exista oferta competitiva, sus bienes, servicios y obras sean de la calidad necesaria para que la Entidad se asegure el cumplimiento oportuno y los costos sean razonables en función a las condiciones del mercado.”¹⁴¹

Las preferencias establecidas en la legislación peruana y colombiana, para las micro, pequeña y mediana empresas, surge de igual forma, por la necesidad de incorporarlas en la actividad económica y de producción del país, a través de políticas públicas que les permita emprender en tareas productivas para mejorar su nivel de vida y generar un desarrollo productivo con la creación de fuentes de trabajo; cuyo resultado

previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

k) Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

l) Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

m) Principio de Sostenibilidad Ambiental: En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.

Estos principios servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones” (Perú, “*Ley de Contrataciones del Estado*” Nro. 1017 [2009], art. 4).

¹⁴⁰ Ver letra k) del artículo 4 antes referido.

¹⁴¹ Perú. *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado* [2012], art. 20, núm. 5. Decreto Supremo, No. 184-2008-EF, en *Ley de Contrataciones del Estado*, <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf> (Última vista, febrero de 2015).

en estos países, ha sido la proliferación de empresas que ya se encuentran en posibilidad de contratar con el Estado, y participar en procesos de contratación pública, con productos competitivos y de calidad; esta situación, incentiva a este sector a transformarse en grandes empresas y colaborar con la producción a gran escala del Estado.

El principio de igualdad en la legislación peruana, permite el acceso y participación en iguales condiciones a todos los posibles oferentes, y prohíbe expresamente toda clase de privilegios, ventajas o prerrogativas, a favor de cualquier oferente, sea cual sea su condición.

La norma peruana además, fija procedimientos de adjudicación directa o de menor cuantía, como se les conoce a este tipo de procedimientos, dependiendo del monto de la contratación establecido en la ley, en los que la adjudicación puede ser directa o selectiva, de acuerdo a lo que determine el reglamento, mismo que dispone, que la ventaja que se otorga a la micro o pequeñas empresas radica en cuanto, “estas empresas cumpliendo con todos los requerimientos del concurso obtengan un empate,”¹⁴² respecto del resto de participantes, en este caso serán las llamadas a ocupar el primer lugar de preferencia para establecer el desempate.

En conclusión Perú al igual que el Ecuador, promueve, la participación de micro y pequeñas empresas, sin discriminar la participación del resto de oferentes, para ello regla los procedimientos denominados, adjudicaciones directas o adjudicaciones de menor cuantía.¹⁴³

Continuando con el análisis de la legislación comparada, nos trasladamos al viejo continente, para hacer una comparación con la *legislación española*; las contrataciones públicas en España, se rigen por la Ley de Contratos del Sector Público, que se enmarca precisamente en el Derecho Comunitario Europeo, cuyo “objetivo y finalidad,”¹⁴⁴

¹⁴² Perú, *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado* [2012], art. 73, “Solución en caso de empate”

¹⁴³ Perú, Ley de Contrataciones del Estado, ver, art. 17 y 18

¹⁴⁴ “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”. (España. *Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, art. 1, en Boletín Oficial del Estado BOE núm. 276, [Madrid, 16 de noviembre de 2011]:3).

establece que el respeto a los principios generales de la contratación pública, es el fundamento que el legislador debe incluir en toda norma de contratación; recoge el principio de igualdad, disponiendo que todos los licitadores deban tener las mismas oportunidades, aclarando incluso que esas oportunidades se establecen independientemente de su nacionalidad. “Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita a la autoridad pública concedente se asegure de que éstos son respetados.”¹⁴⁵

La Ley de Contratos española en todo su texto insiste en la necesidad del respeto de los principios generales de la contratación pública que con carácter general consagra en su texto¹⁴⁶, con énfasis en los principios de igualdad y transparencia, por los cuales los órganos de contratación, darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio.

La legislación española, promueve también la participación e inclusión de sectores menos favorecidos, estableciendo:

Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.¹⁴⁷

Lo señalado se complementa con la disposición final quinta del referido cuerpo legal, en el que se fija el “fomento de la contratación pre comercial” por el cual se determina que “las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de contratos a los que hace referencia el artículo 4.1.r) de esta Ley, una parte de las mismas podrá reservarse a pequeñas y medianas empresas innovadoras.”¹⁴⁸

La legislación española es más severa, pues si bien es cierto reconoce cierto favoritismo a las micro y pequeñas empresas, obliga a todas a participar en igualdad de

¹⁴⁵ José Antonio Moreno Molina, “Principios Generales de la Contratación Pública”, *Revista Jurídica de Navarra* Nro. 45 (2008): 50.

¹⁴⁶ *Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, art. 1.

¹⁴⁷ España. *Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, art. 22, núm.2, en Boletín Oficial del Estado No. 276 (Madrid, 16 de noviembre de 2011):12.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, Disposición final quinta: 152.

condiciones sin discriminación alguna. Sin embargo lo anotado, vale la pena recalcar que España, ha incorporado en su articulado preferencias, que de acuerdo con lo analizado no quebrantan el principio de igualdad, precisamente porque las mismas se incluyen en atención a la aplicación de acciones afirmativas, por ejemplo, la “contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro.”¹⁴⁹

Consecuentemente, en la legislación española y en todas las legislaciones referidas, incluida la ecuatoriana, se establece que en los procedimientos y adjudicación de contratos públicos, se deberá observar el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, **igualdad y no discriminación**, así como la incorporación en las contrataciones que realice el Estado, a través de los diferentes procedimientos precontractuales establecidos en cada una de estas legislaciones, de medidas de acción afirmativa, que permita la participación de las micro, pequeñas o medianas empresas, o de sectores menos favorecidos.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, Disposición adicional cuarta: 138.

Capítulo tercero

Los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratación preferente y el principio de igualdad.

3.1. Análisis de los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratación preferente y el principio de igualdad

La Administración pública al “seleccionar a sus contratistas, lo hace según un procedimiento establecido en las leyes y reglamentos administrativos.”¹⁵⁰ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha incorporado una nueva institución jurídica denominada “contratación preferente”, aplicable a procedimientos de contratación, por la cual, se debe privilegiar a la producción nacional como a los micro, pequeños y medianos proveedores y actores de la economía popular y solidaria. Con esta disposición todas las entidades contratantes, deben incluir en los pliegos de contratación, márgenes de preferencia, a favor de la producción nacional y de las MIPYME.

La cotización y la menor cuantía son procedimientos -licitatorios-, entendiéndose el término licitación, de manera amplia, como un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas para el efecto, llamadas “pliego de condiciones”, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que se perfecciona con la suscripción del contrato. En estos procedimientos, se estipula de forma obligatoria que la invitación o convocatoria estará dirigida a las MIPYME o actores de la economía popular y solidaria, con el fin precisamente, de propiciar dicha participación.

La LOSNCP, dispone que los procedimientos de cotización y de menor cuantía se apliquen en los siguientes casos:

Art. 50.- Procedimiento de Cotización.- Este procedimiento, se utilizará en cualquiera de los siguientes casos:

¹⁵⁰ Juan Carlos Cassange, “Contratos de la Administración Selección del Contratista”, 52.

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Art. 51.- Contrataciones de Menor Cuantía.- Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

El Reglamento de aplicación de la LOSNCP estipula, para el caso de la cotización, que debe efectuarse una convocatoria a participar en el procedimiento a “los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad), de acuerdo a lo que establece los Arts. 50 y 52 de la Ley”,¹⁵¹ en tanto que, para utilizar el procedimiento de menor cuantía, prescribe que se debe invitar “únicamente los proveedores que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 52 de la Ley.”¹⁵²

Como se puede evidenciar, la cotización y menor cuantía son procedimientos incluyentes y excluyentes a la vez, pues permiten que un sector calificado como vulnerable, se incorpore y participe en los diferentes procesos de adquisición de bienes, prestación de servicios, o ejecución de obras, que realicen las entidades públicas, pero deja a un lado a todos aquellos oferentes que estando en condiciones de participar y cumpliendo además, con todos los requisitos que se exigen en las bases o condiciones de un proceso, no pueden hacerlo, por el hecho de no pertenecer a este sector.

En la cotización, la preferencia se hace efectiva, cuando dispone que se invitará a presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores,

¹⁵¹ Ecuador. Presidencia de la República, “Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en Registro Oficial Suplemento 588 (Quito, 12 de mayo de 2009), art. 56.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 59.

pero siempre tomando en cuenta la prioridad para las micro y pequeñas empresas o artesanos y profesionales domiciliados en el cantón donde se ejecutará el contrato.¹⁵³ Lo propio sucede con la menor cuantía, pero en este caso solo podrán manifestar interés las MIPYME o actores de la economía popular y solidaria, convirtiéndose en un procedimiento exclusivo para participación de este sector.

Estos procedimientos en los que se incorpora por mandato legal la contratación preferente, nos permite plantearnos dos interrogantes respecto de si los procedimientos en mención, ¿se ejecutan e interpretan conforme los principios que regulan la Ley? ¿La contratación preferente quebranta el principio de igualdad?

Para responder estas interrogantes tomemos como punto de partida la norma suprema, que insta políticas públicas fundamentales, para que sectores que por su situación no les fue posible en el pasado acceder a concursos públicos, hoy puedan hacerlo, precisamente como un apoyo, aporte e impulso a la economía nacional. Por consiguiente, si un oferente, perteneciente a este sector (obviamente, con capacidad para contratar), participa dentro de un proceso de contratación pública con otros oferentes, deberá de alguna forma recibir ciertos privilegios o ventajas sobre el resto de oferentes, precisamente para impulsar su incorporación y desarrollo.

En este marco, la cotización y menor cuantía, se incorporan en la legislación nacional, como procedimientos exclusivos para incentivar esta participación, con cierta limitación o preferencia implícita en los mismos, que no quebranta el principio de igualdad, al ser el resultado de la inclusión de medidas de acción afirmativa para equipar una desigualdad.

Por otra parte, existen procedimientos precontractuales como la subasta inversa, que consiste en que “los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de compras públicas”,¹⁵⁴ que no contempla disposición alguna respecto de la “contratación preferente” como si se estipula para los procedimientos de cotización y menor cuantía; sin embargo, en la práctica, observamos que al momento de adjudicar, el sistema electrónico oficial del SERCOP, luego de verificar el cumplimiento del valor agregado ecuatoriano -VAE- (producción nacional), por parte de todos los oferentes, en atención a las Resoluciones emitidas, por el entonces Instituto Nacional de Contratación Pública

¹⁵³ LOSNCP, art. 52.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 47.

INCOP, actual SERCOP, aplica un margen de preferencia, que no fija ni la ley ni su reglamento, y asigna de forma automática, puntaje adicional a las MIPYME, lo que ha ocasionado que en este procedimiento, aun cuando existan ofertas técnicamente superiores y económicamente más bajas, se adjudique a otra de precio mayor, solo por el hecho de que en el proceso participa una MIPYME; desnaturalizando a la esencia misma del procedimiento y poniendo además en desventaja a los participantes que no tienen esta condición.

Esta inclusión quebranta de alguna forma, el principio de igualdad y el trato justo, pues si bien es cierto, la ley reconoce la incorporación de preferencias en los procedimientos como la cotización y menor cuantía, en la subasta inversa no contempla tal inclusión, puesto que, el fin de la subasta es adjudicar a la oferta que cumpliendo con todos los requisitos, ofrezca el precio más bajo respecto del presupuesto referencial fijado por la entidad contratante, luego de haber sido evaluadas las ofertas de quienes participaron en igualdad de condiciones y cumplieron además, con todas las exigencias de calidad y producción nacional; la preferencia, desnaturaliza la esencia misma del procedimiento de subasta inversa, al beneficiar con la adjudicación a una MIPYME, que no oferta el precio más bajo, en aplicación de la denominada discriminación justificada con la economía pública.

Ante esta situación y con la finalidad de no caer en discriminaciones negativas, los márgenes de preferencia, deberían otorgarse únicamente en situaciones de empate de los oferentes, donde el orden de prelación siempre favorecerá a este sector de la economía, y de esta manera cumplir efectivamente con el trato justo e igualitario; y exigir también a las MIPYME, condiciones que aseguren a la entidad, la calidad del bien, obra o servicio que reciba.

El trato igualitario significa que toda participación en los diferentes procedimientos que establece la ley, se debe realizar partiendo de condiciones idénticas, que permitan a los competidores presentar sus ofertas, cumpliendo con todos los requerimientos establecidos en los pliegos que son “los documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento de acuerdo a los modelos establecidos por el Servicio de Contratación Pública”;¹⁵⁵ representa además, tratamiento igual para situaciones iguales, lo que infiere que, todos los oferentes que atendiendo al principio de

¹⁵⁵ LOSNCP, art. 6, núm. 24.

conurrencia, participan en un proceso licitatorio, deben tener igualdad de posibilidades, no se puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente a otros, por consiguiente, deben encontrarse en la misma situación, y elaborar sus ofertas sobre condiciones o bases idénticas.

El trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes como por ejemplo:

1. Consideraciones de su oferta en competencia con las de los demás concurrentes;
2. Respeto, dentro de lo posible de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes;
3. Cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista;
4. Inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones;
5. Respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres;
6. Acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación;
7. Conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura;
8. Indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta, evitando la exclusión de las ofertas por omisiones intrascendentes e insustanciales.¹⁵⁶

De lo señalado se deduce que, en una competencia entre iguales, todos los oferentes reciben un trato igualitario. En la práctica, nos encontramos con procedimientos en los cuales no existe competencia entre iguales. Los márgenes de preferencia que la ley dispone se apliquen, deben ser incluidos de forma obligatoria por las entidades contratantes en la metodología de evaluación de ofertas; independientemente de lo favorable que sea la oferta para la institución, o de que, ésta sea la mejor alternativa técnica o económica, luego de la evaluación correspondiente; debiendo dichas entidades, otorgar puntajes adicionales a todos aquellos participantes considerados como micro, pequeña y medianas empresas y actores de la economía popular y solidaria; adicionales que en algunos casos, el sistema informático efectúa de manera automática tal asignación.

En procedimientos como la cotización y subasta inversa, no existe una competencia entre iguales, participan todos aquellos interesados en el concurso, quienes luego del proceso de selección se encuentran en desventaja, frente al puntaje adicional fijado en cotización (15 puntos);¹⁵⁷ y, al porcentaje asignado como preferencia frente a

¹⁵⁶ Dromi, “Renovación Axiológica y Normativa de la Licitación Pública”, 97.

¹⁵⁷ Ver tabla Anexo.

la oferta más baja económicamente, en la subasta inversa, porcentaje que va en el orden del 5% de preferencia de la micro sobre la pequeña empresa y del 10% de preferencia para las micro sobre la mediana empresas, porcentajes que como ya se señaló no se encuentran establecidos en la LOSNCP ni en su Reglamento; incumpliendo de esta forma, la normativa vigente, que determina que el mejor costo para bienes y servicios normalizados es el de la “oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo”,¹⁵⁸ sin referir nunca que debe ser un micro, pequeño, mediano proveedor, o un actor de la economía popular y solidaria.

En estricto sentido de la igualdad referida en capítulos anteriores, se podría señalar (sin el análisis correspondiente), que existe discriminación en virtud de que en los procedimientos como la cotización y subasta inversa, la condición de participación entre iguales, no se cumple, al permitir la participación de todos los proveedores registrados y habilitados en el RUP con el correspondiente clasificador central de productos o CPC (código que se asigna para ubicar a los prestadores de bienes obras o servicios) que requiera la entidad contratante, es decir es un concurso abierto.

De allí la importancia de esclarecer que la inclusión de preferencias obedece precisamente y como ya se refirió en líneas anteriores a situaciones de incorporación a la producción de grupos o sectores considerados en desventaja.

3.2. Análisis de la contratación preferente desde la óptica constitucional

Para determinar la legalidad de una norma en un sistema jurídico, se debe partir de la norma fundamental, que contiene los principios generales que lo conforman. Nuestra Carta magna, instauro el principio de supremacía al señalar: “**La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.** Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”¹⁵⁹

La Constitución de la República del Ecuador, expedida dos meses después de la aprobación, publicación y entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, guarda armonía con la ley; como se puede evidenciar, la

¹⁵⁸ LOSNCP, art. 6, núm. 17

¹⁵⁹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IX, “Supremacía de la Constitución, cap. primero, “Principios”, art. 424: 125.

Constitución sí recogió los principios establecidos en dicha norma, y dispone la incorporación de preferencias a la producción nacional y a los grupos considerados en desventaja en la contratación pública, al señalar: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. **Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.**”¹⁶⁰

Basándose en ésta disposición, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, desarrolla como objetivos de transformación de la Matriz Productiva entre otros, el profundizar la economía popular y solidaria y la micro, pequeña y mediana empresa; y, como política industrial el de promover el desarrollo de la industria nacional en la contratación pública.¹⁶¹

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece como objetivo primordial del Estado el “convertir a la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional”;¹⁶² para lo cual determina que se debe priorizar los productos nacionales y los procedentes de las MIPYME, fijando en los pliegos (documentos prioritarios de toda contratación), criterios de valoración, denominados “márgenes de preferencia”,¹⁶³ con la finalidad de promover dicha participación.

La preferencia a los bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, se determina cuando en los componentes que lo constituyen se estipule un mayor porcentaje de origen nacional (valor agregado ecuatoriano -VAE-), cuyos porcentajes mínimos fijados por el SERCOP, es del 40% en bienes y del 60% en servicios;¹⁶⁴ adicionalmente, se debe tomar en cuenta a los actores de la economía popular y solidaria, micro, pequeñas y medianas empresas, para lo cual la normativa establece “márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores.”¹⁶⁵

¹⁶⁰ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. VI, “Régimen de Desarrollo”, cap. cuarto, “Soberanía Económica”, Sección segunda, art. 288: 92. Lo resaltado me pertenece.

¹⁶¹ Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo “Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017” *Objetivo 8* (2013). <<http://www.buenvivir.gob.ec/>> (Consulta: 22 de septiembre de 2014)

¹⁶² LOSNCP, art. 9 núm. 4.

¹⁶³ *Ibíd.*, art. 25.2.

¹⁶⁴ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, “Resolución No. RE-SERCOP-2014-04” de 20 de febrero de 2014, aprueba los “Modelos de pliegos de uso obligatorio, versión, SERCOP 1.1.” en página web <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/>> (Última vista, febrero de 2015).

¹⁶⁵ LOSNCP, art. 25.2.

La contratación preferente como una medida de acción afirmativa, obliga a la observancia del principio de inclusión en las adquisiciones que efectúan las entidades del Estado. La legislación ecuatoriana, fomenta la participación de las MIPYME, debiendo estas instituciones cumplir con dichas disposiciones; motivo por el cual, el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, introduce mecanismos para incentivar el desarrollo productivo y determina la obligación del SERCOP, de monitorear que las entidades contratantes, cumplan lo siguiente:

- a) Establezcan criterios de inclusión para MIPYME, en los procedimientos y proporciones establecidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública;
- b) Otorguen todas las facilidades a las MIPYME para que cuenten con una adecuada información sobre los procesos en los cuales pueden participar, de manera oportuna;
- c) Procurar la simplificación de los trámites para intervenir como proveedores del Estado; y,
- d) Definan dentro del plan anual de contrataciones de las entidades del sector público, los bienes, servicios y obras que puedan ser suministrados y ejecutados por las MIPYME.¹⁶⁶

El entonces Instituto de Contratación Pública INCOP, hoy SERCOP, como organismo rector de la materia, cumpliendo la obligación otorgada en el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, fijó las políticas públicas para la realización de los procedimientos de contratación, con fundamento en la Constitución, la LOSNCP y el Plan Nacional de Desarrollo, tomando además en consideración los objetivos establecidos para la transformación de la matriz productiva, precisando, que se deberá:

- a) Priorizar en todos los procesos de contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, la contratación con oferentes o proveedores que ofrezcan mayor incorporación de componente nacional;
- b) Promover y facilitar la participación de micro, pequeñas y medianas empresas y de los actores de la economía popular y solidaria en los procesos de contratación;
- c) Establecer procedimientos y metodologías de desagregación tecnológica y de transferencia de conocimiento y tecnología en la compra de bienes y servicios con componente importado, incluidos los de consultaría; y,
- d) Fortalecer los procedimientos de supervisión y seguimiento de los procesos de compra pública realizados a través del Sistema Nacional de Contratación Pública, con énfasis en el cabal cumplimiento de los criterios de preferencia establecidos en la LOSNCP y su reglamento general.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 351 (29 de diciembre de 2010), art. 55. En adelante se cita a este Código como COPCI.

¹⁶⁷ Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP “Resolución de Directorio, No. DINCOP-008-2012” (14 de noviembre de 2012),

Lo antes señalado, evidencia que la normativa ecuatoriana, cumple el precepto constitucional de priorizar a la contratación nacional, a través de la llamada contratación preferente, en las adquisiciones de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, y además, la inclusión obligatoria de las micro, pequeña y mediana empresa, y actores de la economía popular solidaria, aplicando los principios establecidos en la ley.

Como todo principio, el de igualdad en la licitación no posee carácter absoluto, pudiendo admitir excepciones por motivos racionales; por lo que resulta necesario obtener un equilibrio armónico entre el significado de dicho principio para los oferentes, y su connotación en función de las razones de bien común e interés general que deben necesariamente animar el accionar de la Administración.¹⁶⁸

La igualdad en contratación pública, garantiza el cumplimiento de todos los principios que rigen la contratación, por lo que se hace necesario incorporar en materia de contrataciones, medidas o acciones afirmativas, a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, o actores de la economía popular y solidaria, atendiendo al precepto constitucional que precisa: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”¹⁶⁹

3.3. Márgenes de preferencia en la contratación pública ecuatoriana y el principio de igualdad

3.3.1. Las micro, pequeña y mediana empresa MIPYME

El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, dedica todo el Título I, del libro III, al “fomento a la micro, pequeña y mediana empresa” y las define como “toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción, comercio y/o servicios, y que cumple con el número de

http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/resoluciones_internas.

¹⁶⁸ Argentina. Procuración General, DICTAMEN N° IF-2014-439309-PG, con cita de Dictámenes PTN 159:326, (16 de enero de 2014), en Carta de noticias de la Procuración General: 10, http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn13_-_informacion_juridica.pdf.

¹⁶⁹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de los derechos”, art. 11:11.

trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, de conformidad con los rangos que se establecerán en el reglamento de este Código.”¹⁷⁰

De conformidad con el Código antes referido, el Consejo Sectorial de la Producción, es el encargado de coordinar las políticas de fomento y desarrollo de las MIPYME, para lo cual crea el Registro Único de MIPYME, con el fin de contar con una base de datos, que se crea y actualiza con la información que para el efecto deben entregar todos los ministerios sectoriales.

Siguiendo la línea de impulsar a la producción de este sector, la normativa legal aplicable, dispone que el SERCOP debe establecer criterios de preferencia a favor de las MIPYME y de los actores de la economía popular y solidaria, a través de parámetros en los que se fijen márgenes de preferencia sobre las ofertas de otros proveedores como son: la ventaja de adjudicar a una MIPYME luego de las evaluaciones de ofertas, respecto de otro proveedor que no tenga esta calidad; la posibilidad de que las MIPYME mejoren su propuesta para que puedan igualar o superar la oferta de otros proveedores, luego de la evaluación de ofertas; la inclusión en el catálogo electrónico de bienes o servicios provenientes de MIPYME, artesanos o actores de la economía popular y solidaria para que sean adquiridos preferentemente por las entidades contratantes; de igual forma, debe promover el desarrollo de ferias inclusivas que permitan a las entidades contratantes seleccionar a estos actores de forma directa.¹⁷¹

En este marco las entidades están obligadas a fomentar la participación de estos actores, relegados en cuanto a contrataciones con el Estado, con el fin de impulsar su desarrollo y coadyuvar al cumplimiento de los objetivos y políticas planteadas en la Plan Nacional de Desarrollo.

3.3.2. Márgenes de preferencia establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y el principio de igualdad

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, fomenta y privilegia en las contrataciones que efectúan las entidades públicas, a las micro, pequeñas y medianas empresas, artesanos o profesionales, y actores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa; los márgenes de preferencia, que

¹⁷⁰ COPCI, art. 53.

¹⁷¹ Ver LOSNCP art. 52

establece la normativa son: la nacionalidad, la localidad, el tamaño de la empresa y también la suerte (asignación de puntos a quienes resulten elegidos en sorteo realizado en el portal). Si analizamos cada uno de estos parámetros, por los cuales se introduce la contratación preferente, y partiendo de que la finalidad de la contratación pública es la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios de *origen nacional*, se podría señalar que vulneran el principio de igualdad ante la ley, respecto de los demás oferentes que no cumplen con dichos parámetros.

La primera diferencia para los participantes, encontramos entre proveedores de bienes o servicios nacionales frente a proveedores de bienes o servicios extranjeros; diferencia basada en la preferencia a lo nacional como impulso a la economía y producción. La segunda diferencia se establece, cuando coloca a grandes proveedores nacionales, frente a micro, pequeños o medianos proveedores nacionales, en este caso la preferencia estará dirigida a este último, de igual forma para impulsar su desarrollo.

La participación de todos los oferentes que estén en condiciones de presentar su oferta, independientemente de su categorización, debe efectuarse con un trato igualitario; por lo antes mencionado, todos los productores nacionales a quienes se pretende impulsar, concurrirán no siempre en igualdad de condiciones frente al margen de preferencia establecido para el micro, pequeño o mediano proveedor.

En una real aplicación del principio de igualdad, se debería usar los márgenes de preferencia, siempre y cuando los oferentes, luego de cumplidos todos los requisitos y habiendo escogido a las ofertas más ventajosas para la entidad, tanto técnica como económicamente, existiere un empate, este sería el punto de partida de una participación igualitaria, con aplicación de los márgenes de preferencia, tal como sucede en otras legislaciones.

Si se trata de una “preferencia” simplemente, esta se traducirá en una mayor ventaja al frente de otras ofertas que tengan iguales características en otros aspectos. Por ejemplo frente al mismo precio y las mismas características técnicas, se optará por la oferta que contenga el “margen de preferencia”. Distinto es el caso de la inclusión en los pliegos precontractuales de porcentajes específicos de “proporción mínima” de participación local, puesto que las propuestas que no acojan estas condiciones incurrirán en la causal de rechazo de la oferta.¹⁷²

¹⁷² Efraín Pérez, *Comentarios a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* (octubre 2008), 33, <www.estade.org/.../derechopublico/LOSNC%20comentada.docx>.

Lo antes señalado colige que el establecer medidas que benefician a quienes se encuentran en condiciones de desventaja se torna totalmente legal y la preferencia se constituye en una excepción de la igualdad, por cuanto se puede justificar la discriminación positiva que se encuentra respaldada por el marco normativo; por ende, su aplicación es válida.

Nacionalidad

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce a los nacionales y extranjeros los mismos derechos y deberes. En el campo de la contratación pública, la situación de igualdad cambia, en virtud de que la misma norma constitucional preceptúa que se debe impulsar a la producción nacional, con la adopción de medidas que conlleven a su cumplimiento.

La Ley define a la *participación nacional* como “aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional;”¹⁷³ y, *origen nacional* “se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente Ley.”¹⁷⁴ Partiendo de estos conceptos, se desarrollan los márgenes de preferencia que beneficiarán a todos los bienes, obras y servicios nacionales, que requieran las entidades contratantes, estableciendo:

Participación Nacional.- Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública.¹⁷⁵

El entonces Instituto Nacional de Contratación Pública, expidió las “Disposiciones para la priorización de las ofertas de bienes, servicios y obras de origen ecuatoriano en los procedimientos de contratación pública”,¹⁷⁶ en la que se impone la obligatoriedad de su aplicación a todas las entidades públicas, disposiciones que fueron

¹⁷³ LOSNCP, art. 6, núm. 23.

¹⁷⁴ LOSNCP, art. 6, núm. 21.

¹⁷⁵ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en *Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 100 (Quito, 14 de octubre de 2013), art. 25.1, 25.2,

¹⁷⁶ Ecuador, Instituto Nacional de Contratación Pública, “Resolución INCOP No. RE- 2013-0000089”, de 28 de junio de 2013. <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/>> (Última vista, marzo de 2015).

incorporadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la reforma efectuada en el 2013.

El artículo 25.2 incorporado con la citada reforma, introduce la preferencia de bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, a las micro, pequeñas y medianas empresas, y a los actores de la economía popular y solidaria, señala además de forma expresa, quienes serán los beneficiarios de la preferencia, en los casos en los que la producción nacional no sea del 100% y exista un porcentaje de participación extranjera, debiendo los oferentes, demostrar que cuentan con el mayor componente de origen ecuatoriano, y dispone:

En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore **mayor componente de origen ecuatoriano** o a los actores de la economía popular y solidaria y micro, pequeñas y medianas empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.¹⁷⁷

Los márgenes de preferencia, se deben incorporar de forma obligatoria en el pliego del proceso, a través de asignación de puntajes, a favor en este caso, de productores nacionales cuyo componente de origen ecuatoriano sea igual o superior al mínimo requerido, esto les otorga una ventaja respecto a los otros oferentes, que quedarán rezagados en virtud de no poder acceder al puntaje preestablecido por no acreditar los porcentajes de participación nacional mínimos requeridos. La asignación del porcentaje, se obtiene a través del cálculo efectuado por la herramienta informática del portal oficial de contratación pública, en la que, luego de la incorporación de los valores en el formulario que para el efecto se solicita en los pliegos, determina el porcentaje del componente nacional, que define la participación o no de los oferentes, o su posible adjudicación con la preferencia establecida en la LOSNCP.

En el evento, que no exista producción nacional, se debe requerir de forma previa la verificación de “inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación”,¹⁷⁸ esto significa que *no* se puede contratar directamente argumentando la no existencia de oferta nacional, se debe cumplir en primer lugar, con la verificación a cargo del ente rector en materia de

¹⁷⁷ *Ibíd.*, art. 25.2.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

contratación, quien es el único acreditado para determinar si existe o no oferta nacional, solo en el caso de no contar con producción nacional, procede la contratación con extranjeros, caso en el que las entidades contratantes, deberán asegurar la transferencia de tecnología y de conocimiento, respecto de la contratación efectuada, consecuentemente, los pliegos incorporarán de manera expresa esta obligación.

En los procedimientos precontractuales cuyo objeto sea la contratación de obras, el sistema de contratación, ha implementado como medio de verificación de origen nacional, el estudio de desagregación tecnológica, que consiste en:

Estudio pormenorizado que realiza la entidad contratante en la fase precontractual, en base a la normativa y metodología definida por el Servicio Nacional de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Industrias y Productividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la entidad contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional. Las recomendaciones de la desagregación tecnológica deberán estar contenidas en los pliegos de manera obligatoria.

El estudio de desagregación tecnológica, efectuado por las entidades contratantes, debe ser requerido de forma obligatoria como un producto entregable, en todas las contrataciones de estudios de consultoría que se desarrollen para la ejecución de obra, considerando que el objetivo del estudio de desagregación es establecer el porcentaje mínimo de participación nacional con el cual los oferentes ingresarán al procedimiento de contratación, asegurando de esta manera la presencia del componente nacional. El incumplimiento de presentar la desagregación o la participación con un porcentaje menor al definido por el estudio, causará el rechazo de la oferta.

Localidad

Una vez determinados el origen de los bienes o servicios (producción nacional), se establece una preferencia adicional para las MIPYME y actores de la economía popular y solidaria, la *localidad*. La participación local se define como: “aquel o aquellos participantes habilitados en el Registro Único de Proveedores que tengan su domicilio, al menos seis meses, en la parroquia rural, cantón, la provincia o la región donde surte efectos el objeto de la contratación.”¹⁷⁹

¹⁷⁹ LOSNCP, art. 6, núm. 22.

Esta preferencia en cuanto a la localidad, se instituye precisamente por la desigualdad socioeconómica regional, provincial o cantonal existente en el Ecuador, ya no se mira desde la óptica de la desventaja entre lo nacional y lo extranjero, si no desde el ámbito local, las provincias frente a los cantones, consecuentemente, son políticas que promueven el fomento y que se encuentran justificadas en la ley con el único objetivo de lograr un desarrollo equilibrado entre las diferentes regiones del país.

Para priorizar la contratación de oferentes respecto de la localidad, el INCOP actual SERCOP, dictó algunas resoluciones por las cuales favorece a los proveedores locales, al disponer que las entidades que requieran efectuar un proceso de contratación, deberán en primer lugar determinar la localidad donde se realizará el objeto de la contratación, con el fin de asegurar la participación local, disponiendo:

La Entidad Contratante seleccionará el cantón donde se ejecutará la obra, se destinen los bienes o se prestará el servicio objeto de la contratación.

Para el caso en que, el destino de los bienes, obras o servicios, tenga efecto en más de una circunscripción cantonal, se seleccionará el cantón en que se destine la mayor inversión económica de acuerdo a los componentes establecidos en el precio referencial del objeto de la contratación.

La selección incorrecta del lugar de la contratación invalidará el proceso precontractual y en tal situación deberá ser cancelado o declarado desierto, según corresponda.¹⁸⁰

Seleccionado por parte de la entidad contratante, el lugar donde se adquirirá el bien, se prestará el servicio o se ejecutará la obra objeto de la contratación, se fijarán los márgenes de preferencia a los oferentes, a través de la asignación de puntajes, en razón de la nacionalidad ya referida y la localidad, entendiéndose como:

Participación local.- Serán considerados como proveedores locales para efectos de la aplicación de los márgenes de preferencia, las personas naturales que, de conformidad con los artículos 47 y 48 del Código Civil, tengan su domicilio en el cantón donde se ejecutará la obra, se destinen los bienes o se presten los servicios objeto de la contratación. En el caso de las personas jurídicas, serán consideradas locales aquéllas cuya oficina principal o matriz estén domiciliadas en el cantón donde se ejecutará la obra, se destinen los bienes o se preste el servicio objeto de la contratación.

¹⁸⁰ Ecuador, Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, Resolución No. RE-INCOP-2013-098: “Normas para incentivar la contratación de bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, en el proceso de cotización”, [Quito] 26 de julio de 2013, <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>. En adelante se cita Resolución No. RE-INCOP-2013-098.

Para efectos de cumplir con esta resolución, el domicilio se acreditará única y exclusivamente con la habilitación de la oficina principal o matriz en el Registro Único de Proveedores, lo que deberá ser concordante con el Registro Único de Contribuyentes.

Para el caso de las promesas de asociación o consorcios, consorcios o asociaciones, todos los asociados deberán estar domiciliados obligatoriamente en el cantón donde se destinen los bienes o se presten los servicios, o se ejecute la obra.¹⁸¹

Es necesario puntualizar, que los procedimientos para la adquisición de bienes y prestación de servicios que se efectúen mediante cotización, a las MIPYME, se les otorga una calificación fija (5 puntos) por la *localidad*, y adicionalmente, para el parámetro definido para las MIPYME por ser *nacionales*, el puntaje va en proporción directa del cumplimiento del *valor agregado ecuatoriano*, significa entonces, que quién demuestre el mayor porcentaje de origen nacional, obtiene la totalidad de los puntos otorgados (10 puntos), esto se comprobará a través del ingreso en el portal de los datos consignados en el formulario de la oferta.¹⁸² El beneficio otorgado o la preferencia establecida en el procedimiento de Cotización, realmente pone en desventaja al resto de participantes, productores *nacionales*, que ingresan al concurso con 5 puntos menos respecto de los oferentes *locales* participantes, por cuanto esta asignación de puntajes es acumulativa.

En los procedimientos de contratación de obra por cotización, el puntaje antes referido se invierte, al otorgarse los 10 puntos a los oferentes de la localidad, al que de igual forma se suma 5 puntos por ser MIPYME o actores de la economía popular y solidaria nacionales, consecuentemente, las micro y pequeñas empresas, en los términos del artículo 16 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, o los actores del sector de la economía popular y solidaria de la localidad, tienen en las contrataciones de obra una ventaja de 15 puntos frente al resto de oferentes, diferencia inalcanzable en un proceso de contratación.¹⁸³

La adquisición de bienes y/o prestación de servicios y obras, que se efectúen a través del procedimiento de menor cuantía, deben realizarse exclusivamente con MIPYME; para el caso de bienes y servicios, las entidades contratantes deben invitar de forma directa a las micro, pequeñas o medianas empresas o actores pertenecientes al

¹⁸¹ *Ibíd.*, art. 8.

¹⁸² Ver tabla Anexo 1, Resolución No. RE-INCO-2013-098, “Parámetros obligatorios de calificación”, art. 10.

¹⁸³ *Ibíd.*

sector de la economía popular y solidaria, para que presenten su manifestación de interés.

Las MIPYME o actores de la economía popular y solidaria, deben tener su domicilio en la localidad donde se efectuará la contratación; las entidades efectuarán la invitación a los oferentes del cantón, considerando que “la selección incorrecta del lugar de la contratación invalidará el procedimiento precontractual y en tal situación deberá ser cancelado o declarado desierto, según corresponda.”¹⁸⁴ Cumpliendo con los requisitos de localidad, establecidos también para el procedimiento de cotización, las entidades elaborarán la lista de proveedores con interés en participar, luego de lo cual efectuarán el proceso de selección, en el que la entidad de forma directa seleccionará a un proveedor categorizado como micro o pequeña empresa o actores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria que hayan manifestado su interés de participar;¹⁸⁵ procedimiento que en la práctica no se cumple, pues la herramienta informática del SERCOP, no permite a la entidad efectuar dicha selección, por el contrario, es el sistema, el que de forma automática elige al micro pequeño o mediano proveedor que presentó su manifestación de interés con el menor presupuesto, para que presente su oferta.

Para asegurar este beneficio exclusivo de los proveedores locales, la ley determina que los participantes que se encuentren habilitados y realizaren un cambio de domicilio, deben notificar de forma inmediata al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

La participación limitada para MIPYME en los procedimientos de menor cuantía, tiene su excepción, únicamente, en ausencia de ofertas que se consideren como de origen ecuatoriano, para esta determinación, la entidad habrá agotado su convocatoria a MIPYME o actores de la economía popular y solidaria, en los tres niveles territoriales que contempla la normativa, esto es a nivel cantonal, provincial y nacional, para continuar con el resto de proveedores de bienes y servicios nacionales; y,

¹⁸⁴ Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, Resolución No. RE-INCOP-2013-097: “Normas para la ejecución de procedimientos de menor cuantía de bienes o servicios”, [Quito] 26 de julio de 2013, <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>. En adelante se cita Resolución No. RE-INCOP-2013-097.

¹⁸⁵ Resolución No. RE-INCOP-2013-097, art. 9-12.

solo allí, se podrá seleccionar a cualquier proveedor registrado en el RUP sin considerar el origen ecuatoriano.¹⁸⁶

En lo que respecta a la contratación de ejecución de obra a través de menor cuantía, la normativa señala que “serán invitados los profesionales y las micro y pequeñas empresas **domiciliados en el cantón donde se ejecuta la obra**”;¹⁸⁷ significa, que solo se podrá invitar a participar a todos aquellos oferentes que tengan su domicilio en el lugar donde se ejecutará la obra; la participación se circunscribe inicialmente al cantón. En procedimientos de menor cuantía, podrán participar otros oferentes nacionales, únicamente, si no existe oferta local; la participación irá en el orden de lo cantonal, provincial y nacional; una sola manifestación de interés, interrumpe el poder continuar a la siguiente circunscripción territorial, lo que ocasiona retrasos en las contrataciones, cuando el o los oferentes locales no cuentan con la experiencia que se requiere para la ejecución de obras cuyo presupuesto sea el establecido para el procedimiento de menor cuantía.

Tamaño del oferente

El margen de preferencia establecido respecto del tamaño del oferente, se refiere precisamente a la condición de otorgar preferencia a las MIPYME. La Superintendencia de Compañías, acogiendo la decisión 702 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece que los países miembros deberán elaborar y transmitir estadísticas comunitarias armonizadas sobre este tipo de empresas, mediante Resolución publicada en el Registro Oficial 335 de fecha 07 de diciembre de 2010, acogió la clasificación de acuerdo a la normativa implantada por la Comunidad Andina en su Resolución 1260,¹⁸⁸ misma que se recoge, en el Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, y establece que las MIPYME se clasificaran de la siguiente manera:

- a) Microempresa: aquella unidad productiva que tiene entre 1 a 9 trabajadores, y un valor de ventas o ingresos brutos anuales iguales o menores a cien mil (USD 100.000) dólares de los Estados Unidos de América;

¹⁸⁶ *Ibíd.*, art. 7.

¹⁸⁷ Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública, “Resolución INCOP-No. 039-10” [Quito] 27 de febrero de 2010, art. 16: 4.

¹⁸⁸ Ecuador. Superintendencia de Compañías, “Resolución No. SC-INPA-UA.G.10-005: De la clasificación de las Compañías”, Registro Oficial No. 335, 07 de diciembre de 2010: 18-9.

- b) Pequeña Empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 10 a 49 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre cien mil (USD 100.001) y un millón (1'000.000) de dólares de los Estados Unidos de América; y,
- c) Mediana Empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 50 a 199 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre un millón uno (USD 1'000.001) y cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América.¹⁸⁹

El cumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en cada una de las categorías o clasificación antes referida, permite identificar el tipo de empresa que está participando en un proceso, motivo por el cual, el SERCOP, debe llevar un registro de las compras efectuadas a las MIPYME y a los actores de la economía popular y solidaria, que permita conocer a la ciudadanía de dichos beneficios, y efectuar un correcto, efectivo, justo y equitativo proceso de concurso de ofertas, dentro de los parámetros señalados en la Constitución y en la ley.

Por sorteo

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto del procedimiento de cotización, determina que, en la convocatoria, se debe invitar “a presentar ofertas a cinco proveedores elegidos mediante sorteo público, se lo realizará de forma aleatoria a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, de entre los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad), de acuerdo a lo establecido en los artículos 50 y 52 de la Ley.”¹⁹⁰ Dispone además, que los pliegos del proceso deben otorgar una puntuación adicional a favor de los proveedores invitados por el simple hecho de resultar favorecidos en el sorteo, consecuentemente los oferentes, por la *suerte*, son merecedores de puntaje adicional, que se sumará a las ya señaladas preferencias *producción nacional y localidad*.

La normativa emitida por el ente rector en materia de contratación pública, también recoge esta disposición, y otorgó 2 puntos a quienes resultaren favorecidos en el sorteo, disponiendo además que este puntaje puede ser acumulativo,¹⁹¹ si el oferente

¹⁸⁹ Ecuador. Presidencia de la República, “*Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*”. Decreto Ejecutivo No. 757 publicado en Registro Oficial, Suplemento No. 450 (Quito, 17 de mayo de 2011).

¹⁹⁰ RGLOSNC, art. 56.

¹⁹¹ “Invitados por sorteo.- Aquellos proveedores categorizados como micro y pequeñas empresas o actores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, locales invitados por sorteo, obtendrán una bonificación de dos puntos, la que deberá constar obligatoriamente en los parámetros de valoración

cumple uno o más de los parámetros de preferencia establecidos; significa entonces que, a las micro y pequeñas empresas o actores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria locales, que además resulten favorecidos en el sorteo, se asignará de cajón 17 puntos, colocando en una real desventaja al resto de participantes.

El SERCOP, como ente regulador y administrador del portal de compras públicas, en cuyas herramientas se incluyen de forma automática estas puntuaciones, al momento, no aplica lo dispuesto en el Reglamento y en la referida Resolución vigente, en cuanto a realizar el sorteo en los procedimientos de cotización, al no otorgar los 2 puntos adicionales del sorteo, por cuanto los nuevos modelos y formatos de documentos precontractuales y contractuales para la ejecución de obras, adquisición de bienes y/o prestación de servicios, expedidos mediante Resolución No. RE-SERCOP-2014-04 de 20 de febrero de 2014, no consideran esta disposición de puntaje favorable por sorteo, constante en el Reglamento que jerárquicamente estaría por encima de la referida Resolución, por ende, el margen de preferencia establecido la “suerte”, al menos en la práctica no está vigente.

3.3. Análisis del artículo 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La contratación preferente, con fundamento constitucional, al establecer que se debe priorizar “los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”,¹⁹² debe ser incorporada en los procedimientos de contratación que realicen las entidades públicas. La norma constitucional, determina que la política económica tendrá entre sus objetivos “Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades

en los pliegos. En consecuencia, la suma total de los demás parámetros de valoración establecidos en el procedimiento, no podrá ser mayor a 98 sobre 100 puntos.

El portal también informará el resultado del sorteo a todos los proveedores micro y pequeñas empresas o actores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, habilitados en la correspondiente categoría del RUP, domiciliados de la provincia a la cual pertenezca el cantón donde se ejecutará la obra, se destinen los bienes o se presten los servicios objeto de la contratación.” (Resolución No. RE-INCOP-2013-098, art. 9).

¹⁹² *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. VI, “Régimen de Desarrollo”, cap. cuarto, “Soberanía económica”, Sección segunda, art. 288: 92.

productivas complementarias en la integración regional.”¹⁹³ Esta disposición se complementa en la misma norma suprema, que prescribe: “El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá [...] desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.”¹⁹⁴

En este marco constitucional, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, guarda armonía con la Constitución y fomenta el “desarrollo productivo y la transformación de la matriz productiva, mediante la determinación de políticas y la definición e implementación de instrumentos e incentivos, que permitan dejar atrás el patrón de especialización dependiente de productos primarios de bajo valor agregado.”¹⁹⁵

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene como objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, entre otros, el de “promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas”;¹⁹⁶ consecuentemente, y cumpliendo con los objetivos planteados, el artículo 52, motivo del presente análisis, fue materia de reforma con el fin precisamente de ampliar y clarificar su contenido, estableciendo que:

En las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por procedimientos de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa, preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen.

Para la contratación de obra que se selecciona por procedimientos de cotización y menor cuantía, se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas, o sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa que estén habilitados en el RUP para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato.

Solamente en caso de que no existiera en la circunscripción territorial del correspondiente gobierno, oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, la máxima autoridad de la entidad contratante, mediante acto debidamente motivado, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción

¹⁹³ *Ibíd.*, sección primera, art. 284, núm. 2: 91.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, cap. sexto, “Trabajo y producción”, Sección Cuarta, art. 334, núm. 4: 103.

¹⁹⁵ COPCI, art. 5.

¹⁹⁶ LOSNCP, art. 9 núm. 5.

territorial o del país en el mismo procedimiento, de lo cual se informará a través del portal correspondiente.¹⁹⁷

La reforma al citado artículo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, básicamente incorpora como beneficiarios de estas preferencias, a los actores de la economía popular y solidaria que participen de manera individual o asociativa, y lo hace precisamente con el ánimo de equiparar su participación, y de esta manera lograr que aquellos productores, puedan ser beneficiados con la adjudicación de un contrato público.

El Ecuador no es productor de bienes de capital, entendidos como tales, aquellos que sirven para producir bienes de consumo, en este contexto, es necesario al momento de establecer la preferencia nacional, efectuar una desagregación entre componentes de origen nacional y los que no son de origen nacional, para lo cual, todas las entidades contratantes deben contar con el estudio pormenorizado de las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país; esto permite a la entidad obtener una mejor posición de negociación y aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y asegurar la participación nacional; debiendo los oferentes, participar cumpliendo con los porcentajes de valor agregado nacional -VAE- que para el efecto determina el SERCOP para bienes y servicios o el porcentaje que establezca el estudio de desagregación tecnológica, para el caso de ejecución de obras. Consecuentemente los porcentajes de agregado nacional o de la desagregación tecnológica deberán estar contenidos en los pliegos de manera obligatoria.¹⁹⁸

Los márgenes de preferencia nacional, de acuerdo con sus componentes -origen ecuatoriano-, se aplican en el siguiente orden de prelación:

1. Actores de la economía popular y solidaria;
2. Microempresas;
3. Pequeñas empresas; y,
4. Medianas empresas.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en *Registro Oficial*, Segundo Suplemento No.100 (Quito, 14 de octubre de 2013).

¹⁹⁸ LOSNCP, art. 6 núm. 10, 21.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, art. 25.2

En este orden, los primeros llamados serían los actores de economía popular y solidaria, entendiéndose por economía popular y solidaria:

La forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.²⁰⁰

Como impulso a este grupo, el legislador incorporó un nuevo Capítulo denominado “Ferias Inclusivas”, en el cual se establece que:

La Feria Inclusiva es un procedimiento que se utilizará preferentemente por toda entidad contratante, con el objeto de adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados. En este procedimiento únicamente podrán participar, en calidad de proveedores los productores individuales, las organizaciones de la economía popular y solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas.²⁰¹

A través de estas ferias, las entidades contratantes pueden adquirir bienes y servicios normalizados y no normalizados, incluidos aquellos que refieran exclusivamente a remodelación, reparación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura existente. El requisito principal para participar en estas ferias inclusivas es que los oferentes, sean parte del *sector artesanal*, que ocupa el primer lugar de preferencia, según el artículo antes citado, o ser micro o pequeña organización de producción o de prestación de servicios o formar parte del sector de la economía popular y solidaria, sector en el que se incluyen los sectores cooperativistas, asociativos, y comunitarios.

Las ferias inclusivas se deben realizar, en los lugares donde se utilizará el bien o se prestará el servicio o en el lugar donde se producen los bienes demandados; debiendo las entidades contratantes, identificar el lugar donde se efectuará la contratación, en la que podrán participar los proveedores domiciliados en esa circunscripción territorial. Es necesario aclarar que las ferias pueden realizarse en una o más zonas de planificación,

²⁰⁰ Ecuador. *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario*, en *Registro Oficial* Nro. 444 (Quito, 10 de mayo de 2011), art. 1.

²⁰¹ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en *Registro Oficial*, Suplemento No. 100 (Quito, 14 de octubre del 2013), art. 59.1.

una o más provincias, uno o más cantones, o una o más parroquias conforme lo determina el SERCOP.²⁰²

La feria inclusiva aplicada desde el 2011, por Resolución del entonces Instituto Nacional de Contratación Pública,²⁰³ actual SERCOP, fue incorporada en la LOSNCP con la reforma de octubre de 2013; la reforma agrega criterios de inclusión en los procedimientos, lo que permite generar oportunidades a los artesanos, micro y pequeños productores, y las formas asociativas, como un beneficio exclusivo en la economía, de acuerdo con las actuales políticas sociales y productivas.

Es importante señalar que el legislador, no solo consideró que los márgenes de preferencia a favor de la MIPYME, deben ser aplicados por las entidades contratantes, dispuso además la obligación de que todos los contratistas del Estado deben subcontratar con MIPYME o actores de la economía popular y solidaria.²⁰⁴ La Resolución No. RE-INCOP-2013-099, señala que en todos los procedimientos de licitación de obras, se deberá establecer “obligatoriamente el parámetro de calificación denominado subcontratación con MIPES o EPS’s, por el cual se otorgarán hasta cinco (5) puntos en la evaluación de las ofertas”, siempre y cuando cumpla con las condiciones establecidas en dicha Resolución.²⁰⁵ Las entidades contratantes, están en la obligación de verificar su cumplimiento, a través de la metodología de evaluación en la que constará el puntaje adicional al que se harán acreedores; debiendo los oferentes, presentar en su oferta el formulario de la subcontratación con el que participan, adjuntando el compromiso de cada uno de los subcontratistas pertenecientes a este sector; esto permitirá a la entidad contratante una vez se suscriba el contrato y durante su ejecución, verificar el cumplimiento del porcentaje comprometido para la subcontratación que se efectuará con micro o pequeñas empresas o actores de la economía popular y solidaria y en los porcentajes con los que presentó el formulario en su oferta.

²⁰² Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-INCOP-047-2011, “Procedimiento de contratación para realizar ferias inclusivas”, 25 de febrero de 2011. <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ LOSNCP, art. 25.2

²⁰⁵ Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública, “Resolución No. RE-INCOP-2013-099: Normas de subcontratación de micro y pequeñas empresas y actores de la economía popular y solidaria para la ejecución de rubros de obra”, art. 1 (26 de julio de 2013), <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>. Consulta: 16 de diciembre de 2014.

La disposición legal materia del presente análisis, que relativiza al principio de igualdad, al establecer cierta discriminación con la preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la economía popular y solidaria y micro, pequeñas y medianas empresas, tiene como objetivo favorecer a este sector que constitucionalmente se lo considera prioritario y coadyuvar al crecimiento de la producción nacional. Lo que la norma pretende, es equipar desventajas sufridas en tiempo, sin caer en una discriminación arbitraria que se constituye en un atentado contra la igualdad, al tratar de imponer diferencias entre personas, sean estas naturales o jurídicas; por ello, se debe recalcar que:

No toda distinción queda prohibida, sino que sólo aquellas que son arbitrarias, es decir que no gozan de un sustento lógico y racional. Partiendo de lo anterior, entonces, el trato debe ser igual para aquellos que se encuentren en la misma situación, sin consideraciones a la persona, sino sólo a aquellas circunstancias que estén establecidas en la norma.²⁰⁶

Por lo expuesto, toda restricción que se incorpore el marco normativo, respecto de la participación de oferentes en los procesos de contratación pública, debe guardar armonía con los principios establecidos en la Constitución, concretamente el de igualdad. El legislador debe cuidar al momento de dictar una norma, el asegurar la igualdad ante la ley, que “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares.”²⁰⁷

La Constitución de la República del Ecuador, acogió un modelo económico en el cual el Estado debe promover la libre competencia, siendo necesario establecer medidas para que todos los actores involucrados, tengan la posibilidad de participar en igualdad de condiciones, en este caso, la medida adoptada es apoyar a las MIPYME, fomentar su formalización, crecimiento y participación en el mercado, al tener estas empresas una gran ventaja respecto de las grandes, en cuanto se refiere a su facilidad para transformar su modelo de negocio y aprovechar nuevas oportunidades y así favorecer la dinámica competitiva. Lo que pretende el nuevo modelo económico, es generar empleo y

²⁰⁶ Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positiva”, 226.

²⁰⁷ Chile. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 145, 26 de mayo de 1992, en Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positiva”, 809.

contribuir en el desarrollo, e integración de sectores económicos y sociales. Por consiguiente, el principio de igualdad reconocido en materia de contratación pública, debe ser entendido en el contexto de que no toda discriminación debe ser prohibida, al permitir al Estado, a través de actos legislativos, establecer diferenciaciones, ya sea de personas o empresas y también en el caso de localidades, para cumplir con el fin último del Estado que es el bien común.

El artículo 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece la legalidad de los márgenes de preferencia que deben ser aplicados en los procesos de contratación pública que se efectúen por parte de las entidades contratantes señaladas en el artículo 1 de la LOSNCP; es el resultado de la aplicación de políticas públicas por las cuales se busca incorporar en el desarrollo productivo, a las micro, pequeñas y medianas empresas y actores de la economía popular y solidaria, a través de la llamada discriminación inversa o positiva, que no es más que la preferencia que hace el Estado con respecto a determinadas personas, grupos sociales o empresas, con el único fin de lograr su integración y progreso.

Consecuentemente, los parámetros de inclusión, establecidos en el artículo 52 de la LOSNCP, que refieren a la contratación preferente, con fundamento constitucional, y el artículo agregado 59.1 “feria inclusiva”, no lesionan el principio de igualdad, por su planteamiento general; en este caso, para privilegiar tanto a las MIPYME como a los actores de la economía popular y solidaria, por razones de fomento, producción, promoción y justicia social. Queda establecido que en materia de compras públicas siempre se debe preferir lo nacional y local.

Conclusiones

- La igualdad, es un principio del que se derivan derechos subjetivos, pero esta igualdad, no rechaza la diversidad y el pluralismo, permite, la inclusión de elementos positivos con la finalidad de lograr un equilibrio.
- El principio de igualdad, establecido como fundamental, implica que los oferentes concurren a una licitación, en igualdad de condiciones o posibilidades para obtener una posible adjudicación de un contrato con el Estado, corresponde a la administración conceder las mismas prerrogativas o privilegios a todos los oferentes participantes de un proceso, bajo los principios de igualdad y no discriminación, tal como lo señala la Constitución y la ley.
- El principio de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, se recoge en la mayoría de legislaciones, e implican, la obligación por parte de la autoridad pública de asegurar su observancia y respeto, debiendo establecer igualdad de oportunidades y ausencia de cualquier tipo de discriminación.
- La igualdad tiene que ser frente a los iguales. El cumplimiento de este principio en contratación pública, permite a los oferentes participar en igualdad de condiciones, sin diferencias, garantizando el cumplimiento de todos los principios que rigen la contratación. La igualdad no permitir privilegios a un oferente en relación a otros oferentes.
- El principio de igualdad no posee un carácter absoluto, admite excepciones, que pretenden lograr un equilibrio armónico entre lo que significa para los participantes y su relación en función del interés general y el bien común.
- La preferencia relativiza al principio de igualdad, al introducir ventajas a los bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, a las micro, pequeñas y medianas empresas, y a los actores de la economía popular y solidaria; pero se justifica por cuanto, lo que pretende es favorecer a este sector y lograr el crecimiento de la producción nacional.

- Los criterios de preferencia establecidos en la ley no lesionan el principio de igualdad que rige a la contratación pública, siempre y cuando esta preferencia se haya efectuado de un modo general e impersonal.
- Para que las preferencias no quebranten el principio de igualdad, deben ser creadas por ley, es decir, el legislador es el competente para establecer cualquier tipo de preferencia, tomando en consideración situaciones como el fomento, la producción, el desarrollo económico y la justicia social.
- Los actores de la economía popular y solidaria, así como las micro, pequeñas y medianas empresas, son objeto de preferencia, en virtud del cumplimiento de las normas constitucionales, legales y políticas públicas, cuyo objetivo es el de incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.
- La participación de todos los oferentes que estén en condiciones de presentar su oferta, independientemente de su categorización debe efectuarse con un trato igualitario, lo que significa, que todos los productores nacionales deben concurrir en igualdad de condiciones, y la preferencia debe ser posterior, es decir, si luego de cumplidos los requerimientos técnicos, económicos y legales resultare un empate, en donde se debería observar de forma inmediata el orden de prelación establecido en la ley, para otorgar la preferencia.
- Los procedimientos de cotización y menor cuantía son incluyentes y excluyentes a la vez, al permitir la inclusión del micro pequeño y mediano proveedor y actores de la economía popular y solidaria, y a la vez dejar a un lado de la participación a quienes no formen parte de este sector.
- Los procedimientos de cotización y menor cuantía, cumplen el mandato constitucional y legal, y establecen los márgenes de preferencias en virtud de fomentar la promoción de la producción nacional y dinamizar la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana.
- La preferencia en cuanto a la localidad, ha sido incorporada por la desigualdad socioeconómica regional, provincial o cantonal existente en el Ecuador, ya no se mira desde la óptica de la desventaja entre lo nacional y lo

extranjero, si no desde el ámbito local, las provincias frente a los cantones, de allí la importancia de establecer políticas públicas, que promueven el fomento y que se encuentran justificadas en la ley, con el único objetivo de lograr un desarrollo equilibrado entre las diferentes regiones del país.

- El Ecuador ha configurado un marco normativo en el que se encuentran como medidas o márgenes de preferencia: el otorgamiento de puntajes adicionales a la industria nacional; la preferencia a las MIPYME y actores de la economía popular y solidaria; y, la posibilidad de concursar única y exclusivamente con MIPYME, prefiriendo siempre lo nacional y local.
- La contratación preferente, tiene base constitucional, consecuentemente no lesiona el principio de igualdad, por su planteamiento general, en este caso para privilegiar a los actores de la economía popular y solidaria como a las MIPYME, por razones de fomento, producción, promoción y justicia social.

Bibliografía

- Abad Hernando, Jesús. *Procedimiento para la formación del contrato administrativo y pliego de condiciones*. Estudios de Derecho Administrativo. Mendoza: Ediciones de la Ciudad Argentina, 1985.
- Arámbula, Alma, Cándida Bustos, Efrén Corona. y Gabriel Santos. *Acciones afirmativas. Servicios de investigación y análisis*. México, 2008. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-12-08.pdf>.
- Arias Manzano, Tania. *La perspectiva de género en la justicia electoral: experiencia en Ecuador*. Ponencia, II Conferencia Iberoamericana sobre Justicia Electoral. Panamá, septiembre de 2010.
- Aristóteles, *El resto de la Política*, Editorial Atenea, Barcelona, 1999.
- Baldeón, Inés María. *Sistema Nacional de Contratación Pública, análisis y comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes*. 3ª Edición. Quito: Tallpa Publicidad, 2012.
- Ballesteros Fernández, Ángel. *Manual de Administración Local*, 5ª Edición. Madrid: Industria Gráfica, 2006.
- Bhrunis Lemarie, Roberto. *Sentencias Constitucionales, Análisis, ponencias y decisiones de un juez*. Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2010.
- Bielsa, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires Argentina: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1942.
- Bilbao Ubillos, Juan María. *Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público*. España: Civitas, 2010.
- Brewer Carias, Allan R. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.
- Borge, Mariela. *La discriminación positiva: ¿Acción afirmativa o acción segregacionista?* Colombia: Éxito Empresarial No. 204, 2012.
- Burad, Viviana. *Discriminación inversa o positiva y el derecho a la igualdad*. <http://www.cultura-sorda.edu>.

- Cabanellas Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Heliasta., 1997.
- Campos, Bidart. *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1998.
- Castillo Córdova, Luis. *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008.
- Cassange, Juan Carlos. *Contratos de la Administración Selección del Contratista*. Revista de Derecho Público. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.
- , Juan Carlos. *De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, año 7, N° 19/20, 1995.
- Carbonero, José Miguel. *Procedimientos y Formas de Adjudicación de los Contratos Administrativos*. España: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI, 2003.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito: Cevallos Librería jurídica, 2010.
- Canosa, Armando, Gabriel Mihura Estrada. *El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial*. Publicación electrónica. <<http://www.unsta.edu.ar/wp-content/uploads/2013/04/Procedimiento-Administrativo-02-Ambito-de-aplicaci%C3%B3n.pdf>>
- Carmona Cuenca, Encarnación. *El Principio de Igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Estudios Políticos, Núm. 84, 1994.
- Cepeda Espinosa, Manuel J. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1992.
- Coloma, Marquina José. *Definiciones y Contenido del Principio de Igualdad, aproximación inicial a la jurisprudencia constitucional peruana.*, en Lecturas sobre Temas Constitucionales. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991.
- De Luca, Rubén M. *Contrataciones del Estado. Nuevos métodos para la selección de ofertas.*, en Suplemento de Gacetilla, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires, 1989
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 12ª Edición. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina, Hispania libros, 2009

- , *La Licitación Pública*. 3ª Edición. Buenos Aires-Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 2009.
- , *Renovación axiológica y normativa de la licitación pública*, Revista de Derecho Público, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.
- Effio Ordóñez, Augusto Oliver y Alexander Pajuelo Orbegoso. *Principios Rectores de la Contratación Pública*. Módulo 1 de Capacitación OCSE. <http://portal.osce.gob.pe/osce/>
- Fernández Suescum, Diego Orlando. *Manual de derecho público*. Quito: Ediciones Aspiazu, 2000.
- García Falconí, José. *Los nuevos paradigmas en materia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Quito: Ediciones Rodín, 2011.
- González Alarcón, Hugo Manuel. *Análisis del principio de igualdad ante la doctrina y la jurisprudencia comparada*. Guayaquil: Revista Jurídica Online UCSG. 2012. <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/87_a_122_analisis.pdf>.
- García de Enterría y Eduardo Fernández. *La Administración Pública y la Ley*. Madrid: Editorial Civitas, 2006.
- García, de Enterría y Eduardo Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. 15ª ed. Bogotá-Lima: Editorial Temis S.A., 2008.
- García Herreros, Orlando, T. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- García Oviedo, Carlos. Enrique Martínez Useros. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Madrid, 1968.
- García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1977.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV, Buenos Aires-Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura Ciudad Argentina, 2003.
- Idrobo Arciniega, Marco. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, Quito: Editorial Época, 1984.
- Madrid, Raúl. El principio de no discriminación arbitraria en el orden público económico de la constitución chilena, *Revista de Estudios Constitucionais*,

Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Nro. 5 (2013): 116 <doi: 10.4013/rechtd.2013.52.03>.

- Moreno Molina, José Antonio y otros. *La ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por los Estados locales*, Granada: CEMCI, 2008.
- , *Contratos Públicos en España, Portugal y América Latina*. Madrid: Grupo Difusión, 2008.
- , *Principios Generales de la Contratación Pública*. Revista Jurídica de Navarra, Nro. 45, Navarra, 2008.
- Mouchet, Carlos, y Becú Zorraquín. *Introducción al Derecho*". 6ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas" *Revista jurídica interdisciplinaria internacional anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* No. 10. 2006 <<http://portalcursocetrei.pge.ce.gov.br>>.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. 3ª ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- , *Comentarios a la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública*. 2008 <www.estade.org/.../derechopublico/LOSNCNP%20comentada.docx>.
- Pérez, Antonio, Daniel López y José Aguilar, *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011
- Rodríguez Chi, Lisbeth. *Generalidades del estándar de trato justo y equitativo. Una aproximación a su conceptualización y contenido obligacional*. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. España: Universidad de Málaga, mayo 2011. <<http://www.eumed.net/rev/cccss/12/>>
- Saba, Roberto. *Desigualdad estructural. En Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, 1 ed. por Daniel Hugo Martins. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Secaira, Patricio. *Curso de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Vaca Ojeda, Mónica. El derecho de asociación aplicado en procedimientos de lista corta de consultoría cuando se ha invitado a firmas consultoras de forma individual.

Ensayos: *Las Compras Gubernamentales como Políticas Públicas, Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP*. Quito: Poder Gráfico Cía. Ltda. – Ecuador, 2014.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A. Editores, 2011.

Zavala Egas, Jorge. *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*. Guayaquil: Edilex S.A. Editores, 2010.

Fuentes de consulta normativa

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ecuador. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 351, Quito, 29 de diciembre de 2010.

Ecuador. Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario. *Registro Oficial* No. 444, Quito, 10 de mayo de 2011.

Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 395, Quito, 04 de agosto de 2008.

Ecuador. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 100, Quito, 14 de octubre de 2013.

Ecuador. Ley de Consultoría Codificación 2004. *Registro Oficial* No. 455, Quito, 05 de noviembre de 2004. Derogada.

Ecuador. Ley de Contratación Pública. *Registro Oficial* No. 501, Quito, 16 de agosto 1990. Derogada.

Ecuador. Ley de Consultoría. *Registro Oficial*. No. 136, Quito, 24 de febrero de 1989. Derogada.

Ecuador. Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. *Registro Oficial* No. 159, Quito, 27 de agosto de 1976. Decreto Supremo No. 679. Derogada.

Ecuador. Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. *Registro Oficial* No. 486, Quito, 4 de febrero de 1974. Decreto Supremo No. 128. Derogada.

Ecuador. Ley de Licitaciones. *Registro Oficial* No. 656, Quito, 28 de diciembre de 1965. Decreto Supremo No. 2755. Derogada.

Ecuador. Ley de Licitaciones. *Registro Oficial* No. 364, Quito, 30 de octubre de 1964.
Decreto Supremo No. 2511. Derogada.

Ecuador, Reglamento para el funcionamiento de la Junta de Licitaciones. *Registro Oficial* No. 49. Quito, 29 de octubre de 1948. Derogado.

Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. *Registro Oficial* No. 89, Quito, 16 de septiembre de 1944. Acuerdo Legislativo s/n de 12 de septiembre de 1944.
Derogado.

Ecuador. Ley Sustitutiva a la Ley Orgánica de Hacienda. *Registro Oficial* No. 753, Quito, 27 de septiembre de 1928. Derogada.

Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 588, Quito, 12 de mayo de 2009.

Ecuador. Presidencia de la República. “Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Decreto Ejecutivo No. 757 publicado en el *Registro Oficial, Suplemento*, No. 450, Quito, 17 de mayo de 2011.

Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública. Resolución INCOP- No. 039-10, Quito, 27 de febrero de 2010. Vigente para menor cuantía obras.
<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>.

Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública. Resolución No. RE-INCOP-047-2011: Procedimiento de contratación para realizar ferias inclusivas, 25 de febrero de 2011.
<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>.

Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP. Resolución INCOP-052-2011: Procedimiento administrativo del registro único de proveedores RUP, registro de entidades contratantes y registro de incumplimientos, Quito, 11 de octubre de 2011.
<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>.

Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP. Resolución No. RE-INCOP-2013-097: Normas para la ejecución de procedimientos de menor cuantía de bienes o servicios. Quito, 26 de julio de 2013,
<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>.

- Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP. Resolución No. RE-INCOP-2013-098: Normas para incentivar la contratación de bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, en el proceso de cotización. Quito, 26 de julio de 2013.
- Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-INCOP-2013-099: Normas de subcontratación de micro y pequeñas empresas y actores de la economía popular y solidaria para la ejecución de rubros de obra, Quito, 26 de julio de 2013, art. 1.
<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/nor_res_ext>.
- Ecuador. Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP. Resolución de Directorio No. DINCOP-008-2012, Quito, 14 de noviembre de 2012.

<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/resoluciones_internas>
- Ecuador. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Plan Nacional del Buen Vivir. 2013. <<http://www.buenvivir.gob.ec/>>.
- Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública. Las Compras Gubernamentales como Políticas Públicas, Quito: Poder Gráfico Cía. Ltda.
- España. *Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011. Boletín Oficial del Estado BOE núm. 276. Madrid, 16 de noviembre de 2011.
- Argentina. Procuración General. Dictamen N° IF-2014-439309-PG, con cita de Dictámenes PTN 159:326, 16 de enero de 2014. Carta de noticias de la Procuración General.
<http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn13_informacion_juridica.pdf>
- .
- Argentina. Procuraduría del Tesoro de la Nación. Dictamen 80/96 de 21 de mayo de 1996.
- Chile. Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 16 de abril de 1998, confirmada por Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de mayo de 1998. Revista de derecho y jurisprudencia, 1994.

- Chile. Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 145. 26 de mayo de 1992, en Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positiva”.
- Chile. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, ILPES. *Manual de Licitaciones Públicas*. Santiago de Chile, 2002.
- Colombia. Ley 80. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia. <<http://www.contratacionestatal.co/estatuto-general-de-contratacion-de-la-administracion-publica-contratacion-estatal/>>.
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-932/07, Referencia: expediente D-6794, 2007. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-932-07.htm>>
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-862/08, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-932-07.htm>>.
- Colombia, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-400, 1999, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-932-07.htm>>.
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-713/09, Referencia: expediente D-7663, 2009. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C713/09.htm>>.
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-595/14, Referencia: expediente D-10101, 2014. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-595-14.htm>>.
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-887/02, Referencia: expediente D-4019, 2002. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-887/02.htm>>.
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. [Sentencia C-088/00, Referencia: expediente D-2469, 2000. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-088/00.htm>>.
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-429/97, Referencia: expediente D-1594] 1997. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria.htm>>
- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-620/12, Referencia: expediente D-8955, 2012. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-620-12.htm>>.

- Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-887/02, Referencia: expediente D-4019, 2002. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-887/02.htm>.
- Comunidad Andina. Resolución 1260. Registro Oficial No. 335 de 07 de diciembre de 2010.
- Constitución Política de Colombia [1991]. Asamblea Nacional Constituyente.
- Constitución Política del Perú [1993]. Congreso Constituyente Democrático.
- España. Comisión Nacional de la Competencia de España. *Guía sobre contratación pública y competencia*.
- Perú. “*Ley de Contrataciones del Estado*”. Ley Nro. 1017, 2009 http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf }.
- Perú. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [2012]. Decreto Supremo No. 184-2008-EF, en Ley de Contrataciones del Estado. http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf }.
- Lexis S.A., portal jurídico del Ecuador. <http://www.lexis.com.ec> }.

Páginas web

- <http://portal.osce.gob.pe/osce/>
- <http://www.eumed.net/rev/cccsc/12/>
- <http://www.contratacionestatal.co/>
- <http://www.colombiacompra.gov.co/>
- <http://www.silec.com.ec>
- <http://compraspublicas.gob.ec>
- https://www.contratos.gov.co/Archivos/Manual_Explicativo_CP_TLC.pdf
- <http://derechopublicoadministrativo.blogspot.com/>
- <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/>
- Registro Oficial de la página web www.silec.com.ec
- <http://hlaguapillo.blogspot.com/2012/02/antecedentes-historicos-contratacion.html>

- <http://www.revistajuridicaonline.com/>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-209-06.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-300-12.htm>

Anexos

Anexo 1.

Para bienes y servicios:

PARÁMETRO	CALIFICACIÓN
<p>a) A las micro y pequeñas empresas, en los términos del artículo 16 del RGLOSNCOP o actores de la economía popular y solidaria, domiciliadas en territorio nacional y cuyas ofertas cumplan los parámetros de origen ecuatoriano de los bienes o servicios.</p> <p>El puntaje se aplicará de la siguiente manera:</p> <p>Se le otorgarán el máximo puntaje (10 puntos), a la oferta que tenga el mayor porcentaje de agregado ecuatoriano de acuerdo a lo establecido en la resolución expedida por el INCOP que contiene las "NORMAS PARA LA APLICACIÓN, EJECUCIÓN Y VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL VALOR AGREGADO ECUATORIANO EN LAS ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS" para las otras ofertas se aplicará una estimación directamente proporcional.</p> <p>b) Solamente ante la ausencia de participación de micro y pequeñas empresas, se acreditará el puntaje a empresas medianas o grandes cuyas ofertas cumplan los parámetros de origen ecuatoriano de los bienes o servicios, de acuerdo a la resolución expedida por el INCOP que contiene las "NORMAS PARA LA APLICACIÓN, EJECUCIÓN Y VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL VALOR AGREGADO ECUATORIANO EN LAS ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS". En los mismos términos que en el párrafo anterior.</p>	HASTA 10 PUNTOS
Micro y pequeñas empresas en los, términos del artículo 16 del RGLOSNCOP o actores del sector de la economía popular y solidaria y que sean locales de acuerdo al artículo 8 de esta Resolución.	5 PUNTOS

PARA OBRAS:

PARÁMETROS	CALIFICACIÓN
Micro y pequeñas empresas, en los términos del artículo 16 del RGLOSNCOP, o actores del sector de la economía popular y solidaria, domiciliadas en territorio nacional.	5 PUNTOS
Micro y pequeñas empresas en los términos del artículo 16 del RGLOSNCOP o actores del sector de la economía popular y solidaria y sean locales de acuerdo al Artículo 8 de esta Resolución.	10 PUNTOS

Anexo 2
Sentencias

SENTENCIA C-932/07

Referencia: expediente D-6794

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

Actor: Leonardo Enrique Carvajalino Rodríguez

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

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

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

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

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Leonardo Enrique Carvajalino Rodríguez, demandó los artículos 24, numeral 5, literal b; 29 (parcial) y 30, párrafo, de la Ley 80 de 1993, "*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*".

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

1. Normas demandadas

A continuación se transcriben los apartes impugnados:

"Ley 80 de 1993

(octubre 28)

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

(...)

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

En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

(...)

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

(...)

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

(...)

Artículo 29. La selección de contratistas será objetiva.

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

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

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y

deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

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

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

(...)

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

2. La demanda

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

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

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

De esta forma, el actor manifestó que si, como señalan las normas acusadas, sólo se selecciona al aspirante más favorable a la entidad pública, a la oferta que garantice la idoneidad para el cumplimiento del objeto contrato y a la persona que mayor experiencia, organización, equipos y ventajas comparativas ofrezca respecto de otras ofertas del mercado, es lógico que cada vez se forma una brecha más grande entre quienes tienen los recursos económicos y quienes no lo tienen, por lo que la ley "*no otorga la posibilidad de insertar cláusulas de acción afirmativa en los pliegos de condiciones o términos de*

referencia, (lo cual se debería hacer con el fin de lograr una igualdad real y material entre los diferentes proponentes), por lo que la norma es inconstitucional"

En cuanto a los criterios de selección objetiva e igualdad de oportunidades como principios de transparencia en la contratación, el demandante dijo que son entendidos como "*un sinónimo de igualdad formal*", en tanto que otorga los mismos derechos a los participantes sin tener en cuenta que, mediante la contratación pública, el Estado puede privilegiar a quienes se encuentren en situación de debilidad manifiesta o en circunstancias de discriminación. Así, el demandante considera que "*las primeras personas que deben tener posibilidades para actuar como colaboradores del Estado son las personas que se encuentran en situación de marginalidad o discriminación, ya que son precisamente ellos, los que por su situación no pueden acceder al ingreso, a la renta y el trabajo en el libre mercado*". Por estas razones, concluye que desconocer la posibilidad de introducir acciones afirmativas en los pliegos de condición o términos de referencia, es contrario al principio de igualdad material consagrado en la Constitución.

3. Intervenciones

3.1. Ministerio del Interior y de Justicia

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

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

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

cargo el cumplimiento de los fines de la contratación estatal que se concretan en la defensa del interés público.

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

3.2. Departamento Nacional de Planeación

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

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

De otra parte, el interviniente recordó que si bien es cierto la sentencia T-724 de 2003 dijo que la Ley 80 de 1993 no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Carta en relación con la consagración de acciones afirmativas en la contratación estatal, no lo es menos que esa afirmación no conduce necesariamente a la declaratoria de inexecutable de la ley, puesto que, a su juicio, esa normativa no coarta la posibilidad de adoptar acciones afirmativas. En efecto, según criterio del interviniente, el hecho de que la ley no se refiera en forma concreta a las acciones afirmativas en la contratación pública no significa que estuvieran prohibidas o que se impidan, pues simplemente su aplicación práctica estaría condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Constitucional para consagrar una acción afirmativa en cada caso particular.

El principio de igualdad material en el proceso de selección objetiva del contratista se encuentra garantizado si se interpreta la Ley 80 de 1993 en forma sistemática, pues la

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

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

3.3. Alcaldía Mayor de Bogotá

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

Contrario a lo sostenido por el demandante, el interviniente considera que a pesar de que no existe norma expresa existen acciones afirmativas en la contratación, pues tanto las que denomina "de desempate", (aquellas que adopta una entidad como criterios de desempate entre proponentes), como las "de acceso" (medidas que se establecen para el acceso a los procesos contractuales), pueden ser incluidas en los términos de referencia y, en general, a lo largo del proceso de contratación, de ahí que el supuesto en que se funda el cargo es equivocado. De hecho, varias normas complementarias a la Ley 80 de 1993 consagran acciones afirmativas, tales como el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 que señaló el trato favorable para que las micro, medianas y pequeñas empresas accedan a la contratación administrativa. En igual sentido, el artículo 1º de la Ley 816 de 2003 impone obligaciones al Distrito Capital en relación con el apoyo de la industria nacional en los procesos de contratación pública y el Decreto 777 de 1992 aclara las reglas para contratar con las entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas de interés público.

Además de lo anterior, la interviniente sostiene que, en desarrollo de la autonomía que poseen las entidades estatales al momento de contratar a que hacen referencia los artículos 110 del Decreto 222 de 1996 y 24, numeral 5º, de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas pueden introducir acciones afirmativas en los términos de referencia, pues la normatividad

aplicable no lo prohíbe. En tal virtud, el hecho de que las normas acusadas no incluyan acciones afirmativas no es suficiente razón para entender que la ley contradice el principio de igualdad, pues la aplicación preferente de las cláusulas del Estado Social de Derecho y de los fines esenciales del Estado imponen a las autoridades públicas el deber de hacer efectiva la igualdad de trato jurídico y de establecer medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

3.4. Intervención ciudadana

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

La ciudadana recordó que la obligación del Estado de adoptar medidas afirmativas para lograr la igualdad real de todas las personas surge de los artículos 1º, 13 y 25 de la Constitución, según los cuales en el Estado Social de Derecho, la dignidad humana, el trabajo y la igualdad son principios fundamentales que rigen la actuación de las autoridades públicas. Por estas razones, en sentencia T-724 de 2003, la Corte Constitucional entendió que el legislador debe establecer medidas de discriminación positiva en la contratación estatal, pues de esa manera se logra materializar la igualdad real y reducir las desigualdades existentes.

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

4. Concepto del Ministerio Público

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

En primer lugar, la Procuraduría aclaró que, al momento de proferirse la presente decisión, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 debería haberse derogado porque el proyecto de ley que

lo modifica se encuentra en trámite de sanción. Por esa razón, la Corte debe declararse inhibida para conocer el contenido de esa disposición. No obstante lo anterior, dice el Procurador, si la Corte decide pronunciarse de fondo respecto de esa disposición, debe tener en cuenta que la sentencia C-400 de 1999 resolvió un problema de discriminación similar al que ahora plantea la demanda, por lo que, en aplicación de la tesis de la cosa juzgada material, la Corte deberá estarse a lo resuelto en esa oportunidad. En efecto, en dicha sentencia, esta Corporación advirtió que no se vulnera el derecho a la igualdad en tanto que la contratación administrativa es un mecanismo mediante el cual el Estado cumple con sus fines consistentes en la obtención del interés general, por lo que no debe depositarse la tarea del cumplimiento de la tarea pública de suprimir las discriminaciones existentes al contrato público.

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

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

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte

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

Problemas jurídicos

2. El actor considera que las normas acusadas violan los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la Carta porque al consagrar criterios de selección objetiva del contratista

basados en argumentos de mejor propuesta, mayor rentabilidad económica o mayor solidez de la empresa, discriminan a los grupos marginados o desprotegidos que no pueden competir, bajo ninguna circunstancia, con las personas que resultan mejor calificadas para ser contratistas con el Estado. A su juicio, al no señalar medidas de acción afirmativa precisa, los artículos demandados impiden que las autoridades otorguen tratos preferentes a los grupos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que deben ser especialmente protegidos por el Estado.

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

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

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

4. La jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo invariablemente¹ que para que una demanda de inconstitucionalidad pueda ser analizada es necesario que, además de cumplir con los requisitos de procedencia formal señalados en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, se dirija a discutir la constitucionalidad de una disposición que existe en el ordenamiento jurídico y que se encuentra produciendo efectos jurídicos en el momento en que se profiere la sentencia. Entonces, esta Corporación sólo puede pronunciarse respecto

de la constitucionalidad de una disposición si ésta produce efectos jurídicos, pues la naturaleza misma del control de constitucionalidad abstracto supone la comparación entre dos disposiciones con eficacia normativa para que, en caso de que la ley resulte disconforme con la Constitución, sea retirada del ordenamiento jurídico con efecto inmediato, definitivo y *erga omnes*.

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

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

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

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

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

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

7. El Procurador sostiene que la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-400 de 1999, por cuanto en esa oportunidad resolvió "*un problema de desigualdad por*

discriminación similar al planteado en la presente demanda". Por lo tanto, la Sala procede a analizar ese planteamiento.

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

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

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

Entonces, es claro que, como lo ha advertido esta Corporación, *"la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurídico puede consolidarse "en una oportunidad posterior", esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos"*². Por ello, *"son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante*

*de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores"*³

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

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

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

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

10. Mediante sentencia C-400 de 1999, la Corte Constitucional resolvió:

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

a. La expresión "la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público", contenida en el numeral 1° del artículo 24.

b. La expresión "En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas", contenida en el numeral 1° del artículo 25.

c. La expresión "relativas a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas", contenida en el artículo 28, y

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

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

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

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

"la selección que no tuviera en cuenta tales circunstancias [la experiencia, la organización, los equipos etc], no resultaría suficientemente garantista del interés general,

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

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

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

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

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

Finalidad de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho

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

Como bien lo describe la doctrina especializada, el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares.

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

A partir de la teoría denominada "*de la sustantividad del contrato administrativo*"⁶, según la cual es indispensable un régimen jurídico propio para los contratos públicos, dadas las peculiaridades y la especialidad de ese negocio jurídico, la posición mayoritaria adoptada por las legislaciones y la doctrina administrativista es clara en sostener que la finalidad pública del contrato estatal es el factor primordial y decisivo a la hora de definir la naturaleza de la negociación con particulares. De igual forma, el aporte de la *teoría de los servicios públicos*⁷ para el derecho administrativo contemporáneo puso en el punto crucial la individualidad del contrato estatal porque se consideró indispensable encontrar un

régimen jurídico que soporte el interés público como fundamento esencial del acuerdo de voluntades con los particulares y no únicamente el interés particular que representa la negociación privada, por lo que el contratista no sólo se vincularía al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, sino y, en especial, a la concreción del interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, asunto que se impone al contratista, con los poderes especiales y exorbitantes del Estado, de tal forma que el particular queda vinculado al cumplimiento de los fines del Estado.

Así pues, la singularidad del contrato público se explica por el hecho de que, a diferencia de la contratación entre particulares, existe una evidente desigualdad entre las partes, en la medida en que el Estado representa el interés general y la otra exhibe el interés propio que debe ceder respecto de la finalidad social que representa la realización de la tarea contratada. De esta forma, como advertía Riveró *"el único propósito que debe mover a la administración en cualquier actuación es el de satisfacer el interés público"*, para lo cual el Estado *"pone en marcha un cierto número de prerrogativas vinculadas a la primacía del interés general del cual tiene la guarda"*⁸. Igualmente, en anterior oportunidad, la Corte dijo:

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

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

Luego, es evidente que la diferencia entre el contratante público y el privado no se presenta a partir de la expresión de la voluntad de las partes sino en el interés que persigue cada una de las voluntades, puesto que el contratista persigue la satisfacción de su propio interés y la

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

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

13. No obstante lo anterior, como bien lo advierte la doctrina especializada¹¹, el hecho de que el contrato estatal tenga como finalidad la defensa del interés general no significa que resulte ajeno a él o prohibido constitucionalmente que se diseñen formas jurídicas para defender intereses concretos. De hecho, a pesar de que es cierto que la generalidad de los contratos administrativos se realiza para satisfacer intereses difusos o colectivos y no para satisfacer el interés privado (concesión, obra pública, encargos fiduciarios), también lo es que excepcionalmente puede contratarse para hacer efectivos intereses privados (concesión de uso de dominio público) o para concretar beneficios grupales como parte del deber del Estado de salvaguardar los intereses de los sujetos de especial protección superior. Esos casos excepcionales no le quitan el carácter de derecho público ni desnaturaliza el interés que subyace al contrato estatal.

En efecto, si como se dijo en precedencia el contrato público pretende la efectividad del interés general que representa el cumplimiento de los fines del Estado, es imposible olvidar que, al tenor de lo dispuesto en el Preámbulo de la Carta, es un fin del Estado asegurar a los integrantes el trabajo, la igualdad, la vigencia del orden económico y social justo. De igual manera, los artículos 1º y 2º superiores dejan en claro que la materialización de las funciones del Estado deben dirigirse a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5º de la Carta, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona. De esta forma, la filosofía humanista de la Constitución que concibe al Estado como un mecanismo para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, se desarrolla en el artículo 3º de la Ley 80 de 1003, que señala como fines de la contratación pública: *"el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"*

En consecuencia, es válido afirmar que una forma de concretar el interés general que debe regir la contratación administrativa puede dirigirse a hacer efectivos los derechos de un

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

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

Acciones afirmativas en la contratación estatal

15. El cambio de concepción de la igualdad formal a la igualdad material, propio del Estado Social de Derecho, según el cual las autoridades públicas no sólo protege el derecho mediante la abstención sino también y, en algunas oportunidades en forma obligatoria, mediante la intervención activa en esferas específicas, generó decisiones públicas proteccionistas de grupos de personas que han sido tradicionalmente marginados o discriminados por razones diversas. En tal virtud, la aplicación efectiva y real del principio de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo exige del Estado su intervención, de un lado, para evitar que los agentes públicos y los particulares discriminen y, de otro, para hacer exigibles tratos favorables en beneficio de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución).

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

16. En efecto, las denominadas medidas de discriminación inversa en Estados Unidos, o acción positiva o de discriminación positiva en Europa, surgen en la normativa y jurisprudencia norteamericana, quienes a principios del siglo XX diseñaron fórmulas para combatir la marginación social y económica de los negros, otorgando medidas de protección en el empleo y la educación a su favor, pues reconoce que ese grupo ha sido

tradicionalmente discriminado en ese país. Así, en desarrollo de las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta de la Constitución de 1776 y, principalmente, de la denominada Cláusula de Igual Protección (*equal protection clause*), se introdujeron medidas que consagran tratos diferenciales para favorecer a la población negra de ese país, las cuales constituyen fuentes primarias de las acciones afirmativas. Por primera vez en la historia, el Presidente Franklin D. Roosevelt profirió la Directiva Presidencial 8802 que prohibió la práctica social que establecía límites al trabajo de los negros en zonas determinadas. Posteriormente, el Presidente John F. Kennedy, expidió la Directiva Presidencial 10925 para crear el Comité Presidencial para la igualdad de oportunidades en el empleo y exigió incluir en los contratos de entidades federales una cláusula que prohíba la discriminación por raza, credo u origen nacional, pues correspondería al contratista "emprender una acción afirmativa". El mismo término y el mismo contenido fue reiterado por la Directiva Presidencial número 4 del Presidente Richard Nixon, al crear programas de acciones afirmativas a favor de los negros discriminados en el acceso al trabajo y a la educación. Posteriormente, en el año 1978, la Suprema Corte Federal al resolver el caso *Regent of University of California vs Bakke*, dijo que los criterios raciales para establecer tratos diferentes para el acceso a las universidades no violan la Constitución, siempre y cuando se dirijan a privilegiar a grupos marginados sin que se determinen cuotas fijas e inamovibles.

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

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

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

En desarrollo de esas disposiciones, el Consejo de las Comunidades Europeas expidió numerosas directivas y resoluciones dirigidas a promover entre los Estados Miembros la adopción de medidas positivas para favorecer los derechos de la mujer en el acceso al empleo y a la educación. Dio inicio a la formulación de recomendaciones al respecto la Directiva 79/7 del 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, por medio de la cual señaló que *"considerando que la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad y que, dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho"*. Con posterioridad, la Directiva 19/7 del 19 de diciembre de 1978 del Consejo de Comunidades Europeas señaló que *"el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad"* (artículo 4.1) y que pueden adoptarse medidas de trato favorable en los siguientes temas:

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

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

Con la Resolución del 12 de julio de 1982, el Consejo invitó a los Estados miembros a aplicar las acciones dirigidas a *"garantizar una aplicación efectiva del derecho existente en materia de igualdad... tomar las medidas adecuadas encaminadas a fomentar una mejor participación de las mujeres en los empleos relacionados con la introducción de las nuevas tecnologías dentro de una perspectiva de carácter mixto y a responder a los cambios que éstas ocasionan;- desarrollar e intensificar las acciones concretas en favor del empleo de las mujeres y, en especial, dar apoyo a las iniciativas locales y adoptar las medidas que garanticen la igualdad de acceso de las mujeres a la creación de empresas, en particular*

de cooperativas, y que protejan a la mujer que ejerce una actividad independiente, inclusive en el sector agrícola"

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

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

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

las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de

igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto; así el art. 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que «la adopción por los Estados partes de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato») sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada".

19. La Corte Constitucional Colombiana, en múltiples oportunidades, ha sostenido que la interpretación sistemática de la Constitución de 1991 permite concluir que las autoridades públicas pueden adoptar medidas para favorecer a un grupo de personas que se encuentran en situación de debilidad producida por desigualdades culturales, históricas, sociales o económicas¹². Así, en sentencia precedente dijo que estas medidas son "*instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez*"¹³.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas medidas parten de dos supuestos constitucionales: El primero, de la cláusula social del Estado de Derecho que exige a todas las autoridades garantizar la efectividad de los derechos y deberes de las personas, por lo que resulta obvio que en aquellos casos en los que existen desigualdades natural, social, económica o cultural que no pueden ser superadas por el titular del derecho, corresponde al Estado intervenir para asegurar la eficacia del mismo¹⁴. El segundo, de la concepción sustancial de la igualdad, según la cual este derecho no sólo se hace efectivo mediante el reconocimiento de privilegios o la imposición de cargas en igualdad de condiciones para todos los administrados, sino también con la consagración de medidas que, primero reconocen la diferencia, y posteriormente buscan equiparar, compensar, remediar o corregir situaciones para que la igualdad entre las personas sea real (artículo 13 de la Carta). De esta forma, las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa.

20. Ahora bien, haciendo un recorrido por la jurisprudencia constitucional puede deducirse que esta Corporación tiene claras las características generales y los requisitos para que las autoridades consagren medidas afirmativas, pues no todas ellas se ajustan a la Carta y más bien pueden constituir evidencias de discriminación que constituye un trato inconstitucional. De hecho, la Corte advirtió que "*el que el artículo 13 Superior constituya el fundamento de las acciones afirmativas no significa que toda medida de esta naturaleza*

*sea siempre constitucional, pues en tanto ella crea una situación diferencial, también debe estar sujeta al test de igualdad*¹⁵.

Así, esta Corporación ha señalado que una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades¹⁶; ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio¹⁷; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley¹⁸ o por actos administrativos¹⁹, dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios²⁰; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas²¹, por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos²².

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

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

De hecho, en cuanto a la viabilidad y exigibilidad de las acciones afirmativas en la contratación administrativa, la Sala Primera de Revisión de la Corte concedió la tutela interpuesta por algunos integrantes de la Asociación de Recicladores de Bogotá contra la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, porque al adelantar el proceso de selección de contratistas para ejecutar un contrato para la "recolección de material recuperable" no tuvo en cuenta las condiciones de debilidad en que ellos se

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

"Por acciones afirmativas se entiende todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación, con el fin de conseguir una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades²³.

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

8. Nuestro ordenamiento constitucional prevé ese tipo de medidas. Así, el artículo 13-2 de la Constitución Política señala como una obligación del Estado²⁴ la de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

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

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

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

III. DECISION

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

RESUELVE

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

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

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2 Sentencia T-292 de 2006.

3 Sentencia SU-047 de 1999.

4 Sentencia SU-1219 de 2001.

5 Sentencia C-1064 de 2001.

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

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

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

9 Sentencia C-400 de 1999.

10 Sentencia C-128 de 2003

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

12 Puede verse que la Corte Constitucional ha conocido en varias oportunidades de medidas de acción afirmativa que ha considerado constitucionales. Así, por ejemplo, se consideró ajustado a la Carta el artículo 3° de la Ley 683 de 2000 que diseñó el subsidio alimentario para ancianos porque *"la situación en que se encuentran tales personas reclama del Estado la adopción de medidas especiales de protección"*. De igual manera, la Corte declaró la validez constitucional del artículo 3° de la Ley 136 de 1994 que señaló a los municipios la responsabilidad de solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos, vivienda, recreación y deporte, de manera preferente para, entre otros sujetos de especial protección del Estado, la mujer *"en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina"*. Así mismo, esta Corporación consideró ajustado a la Constitución el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que, aunque inicialmente sólo consagró privilegios de pensión anticipada a las madres de hijos con invalidez física o mental y la Corte los extendió a los padres, lo entendió como una acción afirmativa que *"propende por el interés superior del niño y la rehabilitación e integración social en el caso de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos en cualquier circunstancia"*. En otra oportunidad, la Corte declaró la constitucionalidad de varias normas de la Ley 82 de 1993, que consagraron privilegios en la educación, el ingreso a la seguridad social, programas de capacitación y de vivienda de madres y padres cabeza de familia, como quiera que *"el legislador bien puede adoptar medidas de protección de personas que integran grupos respecto de los cuales la Constitución, expresamente, establece un mandato de apoyo especial, sin que ello desconozca el principio de igualdad"*. En este último caso, vale la pena recordar que el artículo 11 de la Ley 82 de 1993 consagró una medida de discriminación inversa a favor de la mujer cabeza de familia en la contratación administrativa, pues la señaló como beneficiaria preferente *"en los procesos de adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios del Estado"*. Incluso, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que aún no ha entrado a regir, también consagra acciones afirmativas a favor de las pequeñas y medianas empresas en la contratación con el Estado, al señalar que *"De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2o del artículo 13 y en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional pueda establecer cuantías diferentes para entidades en razón al tamaño de su presupuesto, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantice la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento por el Gobierno Nacional. En todo caso la selección se hará de acuerdo con las modalidades de selección a que se refiere la presente ley"*.

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

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

15 Sentencia C-1036 de 2003

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

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

18 En sentencia SU-388 de 2005, la Corte manifestó que *"para el diseño e implementación concreta de las acciones afirmativas el primer llamado a intervenir es el Legislador, en tanto órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades"*. La sentencia C-184 de 2003 dijo que *"Las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos"*. La sentencia C-667 de 2006 manifestó que las acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la

Carta "*para que el legislador adopte medidas en pro de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos... Dichas medidas se concretan en la facultad con la que cuenta el legislador para apelar a la raza, al sexo – categorías en principio sospechosas como criterio de discriminación-, con el fin de aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales*" (subrayas no originales).

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

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

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

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

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

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

25 Sentencia T-724 de 2003.

Sentencia C-862/08

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Regla de justicia elemental que se proyecta para definir la forma de Estado/**DERECHO A LA IGUALDAD**-Derecho subjetivo que se concreta en la prohibición de discriminación

La Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Como 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 grupos que se encuentran en situaciones de 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. Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. El principio a la igualdad y el derecho subjetivo a la no discriminación, entendidos éstos conceptos desde una perspectiva material que implica el trato igual o diferente pero no discriminatorio, también se imponen en la contratación administrativa no sólo respecto del legislador en el diseño de las normas generales de acceso a la función administrativa, sino también frente a la administración en los procesos de selección y adjudicación de los contratos estatales en concreto.

DERECHO A LA IGUALDAD-Etapas que comprende su análisis

Se debe definir y aplicar tres etapas: i) debe establecer cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o “tertium comparationis), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual.

JUICIO DE IGUALDAD EN POTESTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA-Niveles de intensidad

JUICIO DE IGUALDAD-Intensidad

El juicio de igualdad será más estricto a medida que el margen de configuración del legislador, dada la materia por él regulada, la forma en que la reguló y los grupos afectados se reduzca. Por eso, si la potestad de configuración es grande, el juicio de igualdad se concentra en examinar si la medida adoptada por el legislador es manifiestamente irrazonable. Cuando se trata de una potestad amplia, el juicio de igualdad dirige a examinar si el fin es contrario a la Carta, si el trato diferente no ha sido prohibido por la Constitución y si este resulta inadecuado o carente de relación racional con el fin que se pretende alcanzar. Si la facultad de configuración es la ordinaria, el juicio de igualdad se orienta a considerar si el fin buscado es constitucionalmente importante en

un Estado Social y democrático de derecho y si el trato diferente resulta efectivamente conducente para alcanzarlo. Finalmente, si se está ante una potestad de configuración legislativa reducida, con el juicio de igualdad se analiza si el fin que justifica el trato diferente es imperioso, si la diferencia de trato adoptada por el legislador es necesaria para alcanzar el fin y si, además, no resulta desproporcionada stricto sensu. La determinación del grado de amplitud de la potestad de configuración del legislador depende i) de la materia regulada; ii) de los principios constitucionales tocados por la forma en que dicha materia fue regulada; y iii) de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente.

JUICIO DE IGUALDAD-Modalidades según grado de intensidad/JUICIO DE IGUALDAD-Criterios de diferenciación

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el juicio de igualdad estricto procede: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa, tal como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones que están relacionadas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; 3) cuando aparece prima facie que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y 4) cuando la medida que es examinada es creadora de un privilegio. Por su parte, la valoración sobre la razonabilidad del trato desigual será intermedio cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Y, el juicio de igualdad será leve, en principio, para examinar la constitucionalidad de medidas legislativas en materias económicas, tributarias o de política internacional. También se utiliza regularmente para aquellos casos en los que está de por medio una competencia específica que ha sido asignada constitucionalmente a un órgano constitucional, cuando se trata de analizar una norma preconstitucional que ha sido derogada pero aún surte efectos en el presente, o cuando del contexto normativo del artículo demandado no aparece prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

JUICIO ESTRICTO DE IGUALDAD-Aplicación

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN CONTRATACION PUBLICA-Reglas en que se concreta el principio de igualdad, que no excluyen el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos discriminados

En materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, además de los postulados generales impuestos por el preámbulo y los artículos 1º y 13 de la Constitución, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de

favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS MIPYMES-Concepto

Se entiende por micro, pequeñas y medianas empresas aquellas unidades de explotación económica, que realizan personas naturales o jurídicas, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que respondan conjuntamente a los siguientes parámetros: 1. Número de Trabajadores Permanentes y 2. Valor de las Ventas Brutas Anuales y/o Activos Totales, de acuerdo con los rangos que señalará el reglamento que para el efecto se expida. Mientras se expide el decreto que determine los rangos de clasificación, rigen los parámetros contenidos en los artículos 2° de las leyes 590 de 2000 y 905 de 2004.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Actividades sobre las que ejercerse funciones de control y vigilancia

Los artículos 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 2° del Decreto 2359 de 1993, señalan que, entre otras funciones, la Superintendencia Financiera ejerce inspección, vigilancia y control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público. Por esa razón, están sometidos a la vigilancia de esa entidad los establecimientos de crédito (dentro de los cuales están los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, los bancos comerciales, las compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras -artículo 2° del Decreto 663 de 1993-), las sociedades de servicios financieros (son las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía -artículo 3° del Decreto 663 de 1993-), las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras, los intermediarios de seguros y reaseguros y las cooperativas de ahorro y crédito.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Control que ejerce sobre Mipymes tiene relación con la actividad que éstas desarrollan/SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Mipymes que pueden ser objeto de control y vigilancia por parte de la superintendencia.

El control y vigilancia de la Superintendencia Financiera sobre las Mipymes no tiene relación con su capital, ni con su naturaleza jurídica, sino que lo determina la actividad desarrollada por la empresa. Entonces, si el objeto social que pretende adelantar la Mipyme está relacionado con actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público, debe ser controlada por la Superintendencia Financiera, siendo en consecuencia, las únicas Mipymes que pueden ser objeto de control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera, los intermediarios de seguros, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, “son intermediarios de seguros los corredores las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades contempladas en el presente estatuto”, en tanto que esa actividad es la única puede ser desempeñada por empresas cuyo capital se ajusta a la definición de micro, pequeña o mediana empresa, en tanto que para prestar ese servicio la empresa no requiere demostrar capital mínimo para su funcionamiento y no se les exige certificado de autorización sino la inscripción ante la Superintendencia Financiera, previo el cumplimiento de requisitos tales como la acreditación de la idoneidad de los socios

gestores y los administradores y que ellos no incurren en las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la ley.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Exclusión de beneficios a micro, pequeñas y medianas empresas MIPYMES vigiladas por la Superintendencia Financiera constituye una medida discriminatoria

La norma acusada establece una diferencia de trato para obtener los beneficios en la contratación administrativa señalados en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, entre las micro, pequeñas y medianas empresas que adelanten cualquier actividad y que aspiren a suscribir cualquiera de los contratos estatales a que se refiere la norma (la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales) y las micro, pequeñas y medianas empresas cuyo objeto social o cuya actividad a contratar sea la intermediación de seguros, por cuanto mientras que la mayoría de las Mipymes se rigen por las normas generales de la contratación estatal para la selección objetiva, transparente y responsable del contratista (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008, entre otras codificaciones), la celebración de contratos con los intermediarios de seguros está sometida a disposiciones especiales que no sólo buscan flexibilizar el proceso de selección sino también adecuar la contratación a la naturaleza del negocio jurídico. De esta forma, bajo la vigencia del actual Estatuto de la Contratación Administrativa, desde los Decretos 1898 de 1994 y 1436 de 1998 hasta la norma de actual aplicación: el Decreto 2474 de julio de 2008, la selección de intermediarios de seguros ha sido objeto de especial reglamentación. En consecuencia, si se comparan las Mipyme que adelantan cualquier actividad lícita y aquellas que se dedican a la intermediación de seguros, esto es, las vigiladas por la Superintendencia Financiera, es claro que las segundas están sometidas a un proceso especial de selección del contratista.

DERECHO A LA IGUALDAD-Carga de argumentación ante trato desigual/**DERECHO A LA IGUALDAD**-Falta de motivación en trato desigual constituye indicio de trato desigual arbitrario

La norma acusada excluyó de unos beneficios a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera, en que, contrario a lo sucedido con la consagración de las medidas de discriminación positiva autorizadas en las que hubo motivación expresa, el legislador no fue claro al describir cuál fue el motivo o cuáles fueron los argumentos en que se apoyó para excluir del beneficio a dichas empresas, siendo evidente para la Sala que el legislador no hizo públicas las razones en que se apoyó para excluir de las medidas afirmativas a las Mipymes controladas por la Superintendencia Financiera. No obstante, aunque, en principio, correspondería al legislador la carga argumentativa para sustentar las razones que justifican el trato distinto y desfavorable otorgado sólo a algunas micro, pequeñas y medianas empresas y que la falta de motivación podría ser considerado un indicio de trato desigual arbitrario, el solo hecho de que las razones no aparezcan expresamente en el debate parlamentario no es suficiente para concluir la existencia de una discriminación, puesto que es posible que la interpretación sistemática de la ley y su confrontación con las disposiciones superiores permita deducir cuáles fueron las razones del trato distinto que no sólo pueden ajustarse sino que resultarían necesarias para maximizar la fuerza normativa de la Constitución.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA-Exclusión de acciones afirmativa a Mipymes vigiladas por la superintendencia financiera no es adecuada para obtener fin propuesto ni para asegurar escogencia de oferta mas favorable para el Estado.

La Sala considera que la exclusión de las acciones afirmativas señaladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 únicamente a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera (los intermediarios de seguros) no es absolutamente necesaria ni adecuada para obtener la seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista, ni para escoger la oferta más favorable para el Estado. De ahí que la Sala considera que el medio empleado por la norma acusada resulta desproporcionado en relación con los derechos sacrificados. Se concluye que el sacrificio de los derechos a la igualdad de las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera y al trabajo de los empleados de esas empresas resulta exagerado frente al beneficio social pretendido de seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista y la escogencia de la oferta más favorable para el Estado.

Referencia: expediente D-7166

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 3° del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007

Actor: Luz Marina Jaramillo Botero y otros

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., tres (3) de septiembre de dos mil ocho (2008)

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

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Luz Marina Jaramillo Botero, Mauricio Roca Bernal y Enrique Acevedo Schwabe, demandaron el párrafo 3° del artículo 12 de la ley 1150 de 2007, “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*”.

Mediante auto del 8 de febrero de 2008, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda respecto del cargo por violación del principio de igualdad y la inadmitió en relación con la contradicción de la norma acusada con los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución. Dentro de la oportunidad prevista en el Decreto 2067 de 1991, los demandantes corrigieron la demanda en lo correspondiente, por lo que, por auto del 22 de febrero de 2008, también se admitió la demanda con base en los demás reproches de constitucionalidad que plantearon los actores.

1. Norma demandada

A continuación se transcribe la totalidad del artículo 12 y se subraya el aparte acusado:

*“Ley 1150 de 2007
(julio 16)*

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

(...)

Artículo 12. De la promoción del desarrollo. En los pliegos de condiciones las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispondrán en las condiciones que señale el reglamento, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales, siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 13 y en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional pueda establecer cuantías diferentes para entidades en razón al tamaño de su presupuesto, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantice la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento por el Gobierno Nacional. En todo caso la selección se hará de acuerdo con las modalidades de selección a que se refiere la presente ley.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la presente ley, para que las Mipymes departamentales, locales o regionales puedan participar en las convocatorias a que se refiere el inciso anterior, deberán acreditar como mínimo un (1) año de existencia.

PARÁGRAFO 1o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno adoptará medidas que obliguen la inclusión en los pliegos de condiciones, de la subcontratación preferente de las Mipymes en la ejecución de los contratos, cuando a ello hubiere lugar, y establecerá líneas de crédito blando para la generación de capacidad financiera y de organización de los proponentes asociados en Mipymes.

PARÁGRAFO 3o. Las medidas relativas a la contratación estatal para las Mipymes, no son aplicables a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

2. La demanda

Según criterio de los demandantes, las disposiciones acusadas violan los artículos 13, 58, 333 y 334 de la Constitución, por las siguientes razones:

2.1. En cuanto a la violación del artículo 13 de la Constitución, los actores sostienen que la exclusión de los beneficios en la contratación administrativa que el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 prevé para las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes) a las vigiladas por la Superintendencia Financiera, constituye un trato desigual sin justificación constitucional por cuatro razones principales:

La primera, porque a pesar de que las Mipymes vigiladas por dicha superintendencia y las que no lo están se encuentran en idénticas circunstancias en consideración con sus aptitudes para la generación de empleo, para el desarrollo regional, para el aprovechamiento productivo de pequeños capitales y para conformarse, tales como el mismo número de trabajadores, el valor de las ventas, su planta de personal y los activos, la expresión normativa acusada les quita solamente a algunas de ellas, sin ninguna explicación, la posibilidad de acceder a incentivos, beneficios y estímulos establecidos en la ley para todas las empresas de esa calidad.

La segunda, porque al analizar el trámite legislativo de la disposición y las explicaciones que los congresistas dieron para establecer ese trato distinto, no es posible deducir ninguna justificación razonable y cierta de la diferencia.

La tercera razón, porque contrario a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 superior que exige al Estado promover la igualdad real y efectiva, la norma acusada deja sin protección a un grupo de empresarios que requieren de la intervención del Estado para equiparar diferencias.

Finalmente, los demandantes sostienen que, de acuerdo con las sentencias C-530 de 1993 y C-042 de 2003 de la Corte Constitucional, el trato desigual de sujetos iguales sólo se ajusta a la Carta si la medida se concibe como un mecanismo objetivo y razonable para promover la igualdad real y efectiva. Sin embargo, el hecho de que una Mipyme se encuentre sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, la cual busca garantizar la seguridad, transparencia, eficiencia, libre competencia y cumplimiento, muestra que, con mayor razón, esas empresas pueden ofrecer plenas garantías para ejecutar los contratos estatales y se hacen acreedoras de estímulos y garantías a que hace referencia la ley.

2.2. En relación con la violación del artículo 58 de la Constitución, los demandantes dijeron que la norma acusada desconoce que las Mipymes controladas por la Superintendencia Financiera adquirieron los derechos previstos en las Leyes 590 de 2000, artículo 12, numeral 4°, y 905 de 2004 y que ahora con una ley posterior se abandonan. Explicaron que las leyes mencionadas contemplaron derechos preferenciales para las pequeñas y medianas empresas en casos de contratación directa con intermediarios de seguros, los cuales fueron eliminados de plano por la norma acusada. Precisan que, por disposición de los artículos 1° y 5° del Decreto 663 de 1993 y 7° del Decreto 2605 de 1993, los intermediarios de seguros, los corredores y sus agencias están sometidos al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

2.3. Finalmente, los demandantes sostienen que el párrafo acusado es contrario a los artículos 333 y 334 de la Constitución. Según su criterio, lejos de fortalecer las organizaciones solidarias, estimular el desarrollo empresarial, impedir la obstrucción de la libertad económica e intervenir en la economía para conseguir distribución equitativa de oportunidades y beneficios, como lo exigen las normas superiores y lo había entendido el artículo 12 de la Ley 590 de 2000, con el párrafo impugnado “el desarrollo integral de dichas empresas, queda sin aplicación de ninguna naturaleza” y se desestimula su desarrollo empresarial, principalmente, de los intermediarios de seguros.

3. Intervenciones

Asociación Colombiana de Corredores de Seguros

Dentro de la oportunidad legal prevista, el Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Corredores de Seguros (ACOAS) intervino en el presente asunto para oponerse a los planteamientos formulados en la demanda. Las razones en que se apoya son, en resumen, las siguientes:

La norma acusada no perjudica ni beneficia a ningún ente, pues simplemente se limita a reconocer la realidad que gobierna a las empresas vigiladas por la actual Superintendencia Financiera, la cual consiste en la especial regulación que rige para ellas no sólo porque son normas estrictas sino también porque deben ser flexibles al cambio.

Además, es claro que la celebración de contratos con las empresas sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, tales como los intermediarios de seguros, siempre ha estado sometida a criterios de selección objetiva especiales, pues bajo la vigencia de la Ley 222 de 1993 lo regulaba el Decreto 1436 de 1998 y con la aplicación de la Ley 1150 de 2007, lo hace el Decreto 066 de 2008. En esta última normativa, el artículo 74 dispone que la selección de intermediarios de seguros deba realizarse por concurso de méritos que valorará la experiencia específica del proponente, la propuesta metodológica, el plan y cargas de trabajo, el plan de riesgos y otros ítems específicos propios del desarrollo de la actividad. De esta forma, se garantiza que el gobierno escoja al intermediario de seguros que mejores condiciones objetivas ofrezca y la mejor propuesta técnica, en tanto que *“en tales criterios cuente para nada, ni a favor ni en contra, el volumen de activos, ni el número de empleados del intermediario, que son los criterios que hoy identifican una mipyme”*.

La razón del trato diferente entre las Mipymes controladas por la Superintendencia Financiera (específicamente las de los corredores de seguros) y las que no lo son, radica principalmente en que la actividad que aquellas adelantan exige mayor profesionalismo, idoneidad y están sujetas a inhabilidades e incompatibilidades específicas. Por consiguiente, los beneficios concedidos por el artículo 12 de la ley 1150 de 2007 para estimular las pequeñas y medianas empresas no es compatible con el sector de las empresas intermediarias de seguros.

4. Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, intervino dentro de la oportunidad legal prevista, con el fin de solicitar que la Corte, de un lado, se declare inhibida para pronunciarse de fondo en relación con los cargos por vulneración de los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución, por ineptitud sustantiva de la demanda y, de otro, declare la inexecuibilidad del parágrafo 3° del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Para sustentar sus conclusiones, en resumen, dijo:

En primer lugar, dijo que en relación con los cargos por violación de los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución, el Procurador dijo que la demanda no esgrime argumentos suficientes para esgrimir cargos de inconstitucionalidad, pues se limita a señalar normas legales que no se relacionan con las normas acusadas y que no constituyen razones de contradicción con la Constitución.

De otra parte, el Ministerio Público inició su estudio respecto del cargo por violación del artículo 13 de la Carta precisando que la norma acusada consagra una excepción a una acción afirmativa en materia contractual. Dijo que dichas medidas favorables están en concordancia con la política estatal de velar por la promoción y mayor competitividad de micro, pequeñas y medianas empresas, que se implementó en Colombia desde la Ley 590 de 2000. De esta forma, colige que cualquier disposición que regule el tema de las Mipymes que restrinja el alcance de las mismas en cuanto a sus contenidos esenciales y señale diferencias entre ellas “deben ser justificadas a la luz de mandatos constitucionales”, en tanto que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el artículo 13 de la Constitución permite la diferencia de trato si está razonablemente justificada sobre elementos de carácter objetivo, esto es, que se excluyen apreciaciones arbitrarias e irracionales del legislador.

Ahora bien, al analizar el sentido de la norma acusada y de verificar que, de acuerdo con los artículos 1° y 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las únicas Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera son los intermediarios de seguros, el Procurador manifestó que “a simple vista no avizora razones para justificar la decisión del legislador de efectuar un trato diferenciado entre esta clase de entidades”. Así, el simple hecho de que la Superintendencia Financiera vigile la actividad desempeñada por alguna de estas empresas no es razón suficiente para justificar el trato diferente, pues no resulta incompatible que por razones de interés público se adelante esa inspección y, al mismo tiempo, el legislador pretenda estimular el desarrollo de la pequeña y mediana empresa en dichas actividades.

Así las cosas, el Procurador concluyó que la exclusión de las Mipymes controladas por la Superintendencia Financiera de las acciones afirmativas que diseñó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 constituye una decisión discriminatoria porque no tiene sustento constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 12, parágrafo tercero, de la Ley 1150 de 2007,

ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una disposición que hace parte de una ley.

Planteamiento del caso y los problemas jurídicos

2. Los actores sostienen que la exclusión de los beneficios en la contratación administrativa señalados en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, únicamente a las micro, pequeñas y medianas empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera viola la Constitución principalmente por tres razones: i) porque discrimina a un grupo de empresas que se encuentran en la misma condición de generación de empleo, estímulo empresarial, ventas y personal, puesto que las trata diferente sin explicación ni justificación constitucional, ii) la norma acusada desconoce los derechos que las Mipymes controladas por el Estado, en especial los intermediarios de seguros, habían adquirido con leyes anteriores, con lo que se transgrede el artículo 58 superior y, iii) contrario a lo dispuesto en los artículos 333 y 334 de la Carta, la disposición impugnada desestimula el desarrollo empresarial, obstruye la libertad económica y abandona el deber del Estado de distribuir entre las empresas las oportunidades y beneficios en forma equitativa.

Por el contrario, el interviniente opina que la exclusión de los beneficios en la contratación administrativa a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera simplemente reconoce la especial naturaleza de la actividad desempeñada principalmente por los intermediarios y corredores de seguros, la cual ha sido tradicionalmente regulada en la ley en forma distinta y es objeto de valoraciones especiales en la selección de los aspirantes a contratar con el Estado porque requiere condiciones particulares de profesionalismo y seguridad.

A su turno, el Ministerio Público considera que la Corte solamente debe estudiar el cargo por violación del artículo 13 superior, porque los demás argumentos expuestos por los demandantes no cumplen con los requisitos de los cargos de inconstitucionalidad. En esas condiciones, concluyó que la norma acusada es contraria a la Constitución en tanto que el legislador excluyó, sin motivación que lo explique, beneficios para la contratación estatal a un grupo de empresas que se encuentran en la misma situación fáctica respecto de otras a quienes sí se los reconoció. Además, dijo que el simple hecho de que algunas Mipymes sean vigiladas por la Superintendencia Financiera (de acuerdo con la regulación legal las únicas que podrían serlo son los intermediarios de seguros) no es razón suficiente para justificar el trato diferente porque los objetivos de las acciones afirmativas en la contratación administrativa son compatibles con las medidas de estímulo para el desarrollo de la pequeña y mediana empresa.

3. Así las cosas, el primer problema jurídico que corresponde definir a la Corte en esta oportunidad se circunscribe a determinar si ¿la diferencia de trato para efectos de acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera es, como lo afirman los demandantes, un trato discriminatorio o, como lo sostiene el interviniente, una diferencia constitucionalmente admisible?. Para resolver el cuestionamiento la Sala: i) reiterará su jurisprudencia en relación con la interpretación del artículo 13 de la Constitución, ii) estudiará cuál es la regulación normativa que existe y cuál es la diferencia fáctica y jurídica entre las micro, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera y, iii) con base en lo anterior, analizará si la diferencia de trato establecida en la norma acusada se justifica constitucionalmente, esto es, si existe razón

suficiente para otorgar beneficios legales a las Mipymes y excluir de aquellas prerrogativas solamente a las vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Si no prospera el cargo por violación del derecho a la igualdad, la Sala analizará si realmente fueron debidamente formulados los cargos por violación de los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución o si, como lo afirma el Ministerio Público, la Corte debe inhibirse para pronunciarse respecto de aquellos por ineptitud sustantiva. Ello, por cuanto al prosperar el cargo por violación del artículo 13 superior debe declararse la inexequibilidad de la norma acusada y, de esta forma, resultaría inocuo e innecesario establecer si en relación con otros argumentos existieron o no deficiencias en la demanda.

Distinción entre la diferencia de trato y la discriminación en la contratación administrativa.

4. Como en múltiples oportunidades lo ha indicado esta Corporación¹, la Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, consagrado en el preámbulo y el artículo 1 superior, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Y, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta, la igualdad es también 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 grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. De esta manera, es evidente que 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.

5. En esa línea, ha dicho la Corte que la interpretación de este principio y derecho no se limita al entendimiento de la igualdad desde un punto de vista de equiparación matemática o formal que exigiría absoluta homogeneidad, sino que debe verse desde una perspectiva material que establezca tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficios de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado.

Es claro, entonces, de una parte, que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos y, de otra parte, que el trato discriminatorio es aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la justificación de la diferencia consiste en definir la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

6. Ahora bien, como el análisis del derecho a la igualdad parte de una concepción relacional que se construye en las situaciones concretas, el intérprete debe definir y aplicar tres etapas: i) debe establecer cuál es el criterio de comparación (“*patrón de igualdad*” o “*tertium comparationis*”), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer

¹ La Corte Constitucional Colombiana ha expedido más de 700 sentencias que interpretan el concepto constitucional de igualdad, por lo que a continuación se presenta un breve y sencillo resumen de ellas.

lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza²; ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual. Este análisis consiste en la valoración de los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. De ahí que el intérprete se detendrá en el estudio de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios empleados respecto del fin perseguido.

En este orden de ideas, se tiene que mientras el trato legal igual no requiere particular justificación porque es claro que la regla básica de justicia que se impone implica tratar igual a todas las personas porque ellas son iguales, el trato desigual exige mayor carga de argumentación para quien lo decide³, en tanto que *“cuando un criterio es utilizado para dar tratamientos distintos pero no obedece a razones constitucionalmente válidas, la medida deja de ser un supuesto del derecho a la igualdad y pasa a convertirse en todo lo contrario: un acto discriminatorio”*⁴. En conclusión, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

7. No obstante, la jurisprudencia constitucional⁵ ha concluido la necesidad de establecer varios grados de intensidad en la exigencia de la motivación de la diferencia porque reconoce que a mayor libertad de configuración normativa del legislador, el juez constitucional goza de menor margen de valoración y por ello el juicio de igualdad debe ser más flexible. Y, por el contrario, en aquellos casos en los que la ley tiene menor margen de regulación porque la Constitución impone reglas de aplicación directa que consisten en determinar específicamente la igualdad o la “sospecha” con la diferencia de trato, el Tribunal Constitucional tiene el deber de ser más exigente en la valoración de la justificación de la distinción legal. Con nitidez, la Corte explicó el sustento y la mecánica de análisis de la igualdad de acuerdo con la intensidad del juicio, así:

“El juicio de igualdad será más estricto a medida que el margen de configuración del legislador, dada la materia por él regulada, la forma en que la reguló y los grupos afectados se reduzca. Por eso, si la potestad de configuración es grande, el juicio de igualdad se concentra en examinar si la medida adoptada por el legislador es manifiestamente irrazonable. Cuando se trata de una potestad amplia, el juicio de igualdad se dirige a examinar si el fin es contrario a la Carta, si el trato diferente no ha sido prohibido por la Constitución y si este resulta inadecuado o carente de relación racional con el fin que se pretende alcanzar. Si la facultad de configuración es la ordinaria, el juicio de igualdad se orienta a considerar si el fin buscado es constitucionalmente importante en un Estado Social y democrático de derecho y si el trato diferente resulta efectivamente conducente para alcanzarlo. Finalmente, si se está ante una potestad de configuración legislativa reducida, con el juicio de igualdad se analiza si el fin que justifica el trato diferente es imperioso, si la diferencia de trato adoptada por el legislador es necesaria para alcanzar el fin y si, además, no resulta

² Sobre la explicación del concepto “término de comparación”, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias C-022 de 1996, C-1191 de 2001, C-810 de 2007 y C-106 de 2004.

³ En este sentido, véanse las sentencias C-530 de 1993, C-445 de 1995 y C-576 de 2004.

⁴ Sentencia C-106 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ En cuanto a la intensidad del juicio de igualdad pueden consultarse las sentencias C-112 de 2000, C-227 de 2004, C-741 de 2003, C-1054 de 2004, C-179 de 2007, C-675 de 2007 y C-875 de 2005, entre otras.

*desproporcionada stricto sensu. La determinación del grado de amplitud de la potestad de configuración del legislador depende i) de la materia regulada; ii) de los principios constitucionales tocados por la forma en que dicha materia fue regulada; y iii) de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente”.*⁶

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el juicio de igualdad estricto procede “1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa, tal como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones que están relacionadas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; 3) cuando aparece prima facie que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y 4) cuando la medida que es examinada es creadora de un privilegio”⁷. Por su parte, la valoración sobre la razonabilidad del trato desigual será intermedio cuando “la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”⁸. Y, el juicio de igualdad será leve, en principio, “para examinar la constitucionalidad de medidas legislativas en materias económicas, tributarias o de política internacional. También se utiliza regularmente para aquellos casos en los que está de por medio una competencia específica que ha sido asignada constitucionalmente a un órgano constitucional, cuando se trata de analizar una norma preconstitucional que ha sido derogada pero aún surte efectos en el presente, o cuando del contexto normativo del artículo demandado no aparece prima facie una amenaza para el derecho en cuestión”⁹.

8. Específicamente en materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, no debe olvidarse que además de los postulados generales impuestos por el preámbulo y los artículos 1º y 13 de la Constitución, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional¹⁰ ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

En este último aspecto, en sentencia reciente¹¹, la Corte explicó que si bien es cierto la selección objetiva del contratista busca garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de acceso a la función administrativa, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado, no es menos

⁶ Sentencia C-841 de 2003 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁷ Sentencia C-227 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁸ Ibídem.

⁹ Sentencia C-227 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁰ Entre otras, pueden verse las sentencias C-887 de 2002, T-724 de 2003 y C-932 de 2007.

¹¹ Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

cierto que esa conclusión no puede leerse en el sentido de indicar que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que la filosofía humanista de la Constitución y la consagración del Estado Social de Derecho, conciben la contratación administrativa como uno de los instrumentos adecuados para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, dirigido a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y a garantizar la materialización de los demás fines del Estado (Preámbulo y artículos 1º y 2º de la Carta).

En consecuencia, el principio a la igualdad y el derecho subjetivo a la no discriminación, entendidos éstos conceptos desde una perspectiva material que implica el trato igual o diferente pero no discriminatorio, también se imponen en la contratación administrativa no sólo respecto del legislador en el diseño de las normas generales de acceso a la función administrativa, sino también frente a la administración en los procesos de selección y adjudicación de los contratos estatales en concreto.

9. Después de hacer una sencilla descripción de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la interpretación del principio y derecho a la igualdad, que se reitera en esta oportunidad, ahora la Sala averiguará la regulación normativa de las micro, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera, en especial con relevancia en la contratación con el Estado.

Diferencias entre las Mipymes en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera¹² especialmente en la contratación administrativa

10. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 590 de 2000, tal y como fue modificado por los artículos 2º de la Ley 905 de 2004 y 75 de la Ley 1151 de 2007, se entiende por micro, pequeñas y medianas empresas aquellas unidades de explotación económica, que realizan personas naturales o jurídicas, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que respondan conjuntamente a los siguientes parámetros: 1. Número de Trabajadores Permanentes y 2. Valor de las Ventas Brutas Anuales y/o Activos Totales, de acuerdo con los rangos que señalará el reglamento que para el efecto se expida.

Sin embargo, en virtud de lo preceptuado en el párrafo 2º del artículo 75 de la Ley 1151 de 2007, mientras se expide el decreto reglamentario que determine los rangos para la clasificación de esas empresas, la definición de Mipyme será la contenida en los artículos 2º de las Leyes 590 de 2000 y 905 de 2004, que a su tenor literal disponen:

“Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

1. Mediana empresa:

a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o

¹² Cabe recordar que mediante Decreto 4327 de 2007, se fusionaron las Superintendencias Bancaria y de Valores para crear la Superintendencia Financiera.

b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Pequeña empresa:

a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o

b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

3. Microempresa:

a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,

b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes

(...)”

De esta forma, se observa que la definición legal de la naturaleza jurídica de la micro, pequeña y mediana empresa no está dada por la actividad que desempeña ni por el tipo de órganos que la controla, sino por dos criterios objetivos: i) su capacidad para generar empleo y, ii) el capital de trabajo.

11. Ahora bien, la norma acusada regula una diferencia de trato entre las Mipymes generales y las vigiladas por la Superintendencia Financiera. Entonces, es necesario establecer cuáles son las micro, pequeñas y medianas empresas que están sujetas a dicho control. Sin embargo, en razón a que no existe norma expresa que indique cuáles son esas empresas, la Sala debe deducirlo con base en las funciones atribuidas a la entidad y en consideración con el tipo de sociedades que están legalmente autorizadas a desarrollar las actividades sujetas a vigilancia estatal.

Los artículos 1º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 2º del Decreto 2359 de 1993, señalan que, entre otras funciones, la Superintendencia Financiera ejerce inspección, vigilancia y control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público. Por esa razón, están sometidos a la vigilancia de esa entidad los establecimientos de crédito (dentro de los cuales están los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, los bancos comerciales, las compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras - artículo 2º del Decreto 663 de 1993-), las sociedades de servicios financieros (son las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía –artículo 3º del Decreto 663 de 1993-), las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras, los intermediarios de seguros y reaseguros y las cooperativas de ahorro y crédito.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 663 de 1993, las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera se constituirán como sociedades anónimas mercantiles o asociaciones cooperativas. Para adelantar sus operaciones deben obtener un certificado de autorización que exige demostrar, entre otras cosas, el monto de capital mínimo exigido por la ley, estudios de factibilidad de la empresa, la infraestructura tecnológica y administrativa para el desarrollo del objeto social, mecanismos de control interno y plan de gestión de los riesgos propios de la actividad.

12. En cuanto al capital mínimo que deben acreditar las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia, el artículo 80 del Decreto 663 de 1993 dispone que para

los establecimientos bancarios será de cuarenta y cinco mil ochenta y cinco millones de pesos (\$45.085.000.000); para las corporaciones financieras de dieciséis mil trescientos noventa y cinco millones de pesos (\$16.395.000.000.); para las compañías de financiamiento comercial de once mil seiscientos trece millones de pesos (\$11.613.000.000); para las sociedades fiduciarias de tres mil cuatrocientos diecisiete millones de pesos (\$3.417.000.000); para las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones de seis mil ochocientos treinta y un millones de pesos (\$6.831.000.000); para las sociedades administradoras de fondos de cesantías de tres mil cuatrocientos diecisiete millones de pesos (\$3.417.000.000) y para las demás entidades financieras será de dos mil setecientos treinta y tres millones de pesos (\$2.733.000.000). **Estos montos se ajustan anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE.**

Para las entidades aseguradoras, con excepción de las empresas que tengan como objeto exclusivo ofrecer seguro de crédito a la exportación, el capital mínimo será de cinco mil quinientos millones de pesos (\$5.500.000.000.00). Las entidades reaseguradoras y aquellas entidades aseguradoras que efectúen actividades propias de las entidades reaseguradoras deberán acreditar como capital mínimo veintidós mil millones de pesos (\$22.000.000.000.00). Esos valores también vienen siendo objeto de incremento anual conforme a la variación del índice de precios al consumidor acreditado por el DANE desde la vigencia del Decreto 663 de 1993.

13. El cumplimiento de esos requisitos es obligatorio para todas las empresas que están sometidas al control de la Superintendencia Financiera, salvo para el caso de los intermediarios de seguros que, por disposición de los artículos 54 y 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, su constitución está sometida a las normas generales del Código de Comercio, la empresa no requiere demostrar capital mínimo para su funcionamiento y no se les exige certificado de autorización sino la inscripción ante la Superintendencia Financiera, previo el cumplimiento de requisitos tales como la acreditación de la idoneidad de los socios gestores y los administradores y que ellos no incurrir en las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la ley.

14. La breve descripción normativa efectuada le permite a la Corte inferir dos conclusiones relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

La primera, que el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera sobre las Mipymes no tiene relación con su capital, ni con su naturaleza jurídica, sino que lo determina la actividad desarrollada por la empresa. Entonces, si el objeto social que pretende adelantar la Mipyme está relacionado con actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público, debe ser controlada por la Superintendencia Financiera.

La segunda conclusión, que, de acuerdo con la reglamentación sistemática, las únicas Mipymes que pueden ser objeto de control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera son los intermediarios de seguros, en tanto que esa actividad es la única que puede ser desempeñada por empresas cuyo capital se ajusta a la definición de micro, pequeña o mediana empresa, en tanto que para prestar ese servicio la empresa no requiere demostrar capital mínimo para su funcionamiento¹³.

¹³ Se recuerda que uno de los parámetros para definir la mediana empresa es que su capital para funcionamiento se encuentre entre 5.001 y 30.000 salarios mínimos. Ahora, de acuerdo con el artículo 80 del Decreto 663 de 1993, las entidades financieras que menos capital deben tener son las residuales que en el año de 1993 debían demostrar 2.733 millones de pesos, correspondientes a 33.529 salarios mínimos del momento (en ese entonces el salario mínimo era de \$81.510)

Este último aspecto muestra que, en sentido estricto, la norma acusada establece una diferencia de trato para obtener los beneficios en la contratación administrativa señalados en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, entre las micro, pequeñas y medianas empresas que adelanten cualquier actividad y que aspiren a suscribir cualquiera de los contratos estatales a que se refiere la norma (la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales) y las micro, pequeñas y medianas empresas cuyo objeto social o cuya actividad a contratar sea la intermediación de seguros. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, “*son intermediarios de seguros los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades contempladas en el presente estatuto*”.

15. Ahora, para efectos de la contratación estatal con micro, pequeñas y medianas empresas para la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra cuando la cuantía del contrato no exceda los 750 salarios mínimos legales vigentes (hipótesis previstas en la norma donde se incluye la disposición acusada), el ordenamiento jurídico también distingue dichas empresas en general con los intermediarios de seguros, como pasa a verse:

Mientras que la mayoría de las Mipymes se rigen por las normas generales de la contratación estatal para la selección objetiva, transparente y responsable del contratista (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008, entre otras codificaciones), la celebración de contratos con los intermediarios de seguros está sometida a disposiciones especiales que no sólo buscan flexibilizar el proceso de selección sino también adecuar la contratación a la naturaleza del negocio jurídico. De esta forma, bajo la vigencia del actual Estatuto de la Contratación Administrativa, desde los Decretos 1898 de 1994 y 1436 de 1998 hasta la norma de actual aplicación: el Decreto 2474 de julio de 2008, la selección de intermediarios de seguros ha sido objeto de especial reglamentación.

En efecto, en desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el artículo 9° del Decreto 855 de 1994, autorizó a las entidades públicas a “*emplear intermediarios de seguros, los cuales, cuando no impliquen erogación a cargo de la entidad estatal y a favor del intermediario, se seleccionarán mediante concurso, que se convocará por medio de invitación pública formulada a través de periódicos de amplia circulación nacional o regional, de acuerdo con el nivel de la entidad... en la invitación se fijarán los criterios de selección del intermediario de acuerdo con los principios señalados en la Ley 80 de 1993, tomando en cuenta la capacidad técnica y patrimonial, la idoneidad y la infraestructura operativa que coloquen a disposición de la entidad contratante...*”

Posteriormente, el Decreto 1436 de 1998, reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 para determinar un proceso especial de selección de intermediarios de seguros. Esa normativa fue derogada por el artículo 83 del Decreto 66 de 2008 y, éste a su vez, fue sustituido por el Decreto 2474 de 2008, en cuyos artículos 75 y 76, regula el concurso de méritos para la escogencia de intermediarios de seguros, así:

Artículo 75. Criterios de evaluación de intermediarios de seguros. La selección de intermediarios de seguros se realizará por concurso de méritos de conformidad con el procedimiento señalado en el presente decreto. La aplicación de los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones seguirá exclusivamente las siguientes reglas:

1. La valoración de la experiencia específica del proponente incluirá, además de lo señalado en el numeral 1 del artículo 68 del presente decreto, el manejo de programas de seguros iguales o similares al requerido por la entidad, detallando los ramos y las primas.

2. La valoración de la propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo a que se refiere el numeral 2 del Artículo 68 del presente decreto, valorará el plan de administración de riesgos, el cual comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a. Propuesta de cobertura y condiciones. Esta contemplará el plan de trabajo a desarrollar para estructurar los pliegos de condiciones que darán lugar a la selección de la aseguradora con la cual la entidad estatal contratará su programa de seguros, incluyendo en éste los criterios técnicos generales que se utilizarán para la estructuración del programa de seguros.

En ningún caso se solicitará dentro de los pliegos la descripción de coberturas, límites, deducibles, cláusulas adicionales, procedimiento para atención de siniestros, etc.

b. Programa de prevención de pérdidas. El proponente deberá ofrecer el programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal, entendido éste como las actividades y recomendaciones tendientes a detectar, prevenir, minimizar o eliminar todos aquellos riesgos potenciales que puedan materializar los riesgos cubiertos por una póliza de seguro. Este programa contemplará la propuesta para minimizar los factores de riesgo y el cronograma de actividades.

3. La valoración de la formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo a la que se refiere el numeral 3 del artículo 68 del presente decreto, incluirá el tiempo y clase de dedicación del personal al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes (permanente, compartida, exclusiva).

4. Oferta de soporte técnico. Comprende el conjunto de recursos, distintos al humano, que el corredor ofrece tener al servicio de la entidad estatal en función directa del objeto del contrato.

Parágrafo 1. Para la ponderación de las propuestas técnicas la entidad asignará un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento (40%) del total del puntaje al criterio a que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo, la propuesta metodológica y el plan y cargas de trabajo referidos en el numeral 2 ídem, y la oferta de soporte técnico a la que se refiere el numeral 4 ídem, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado al criterio del numeral 1 sea superior al asignado al criterio señalado en el numeral 2, y éste a su vez sea superior al porcentaje señalado al criterio del numeral 4. En ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%).

Parágrafo 2. No podrá exigirse como condición o tenerse como criterio para la evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal u otros aspectos o actividades que no correspondan al objeto directo de la selección.

Artículo 76. Oportunidad del concurso y término de vinculación.

La selección de intermediario de seguros deberá realizarse en forma previa a la escogencia de la entidad aseguradora. En casos excepcionales debidamente justificados por la entidad estatal, podrá efectuarse esta selección de manera concomitante.

La entidad estatal adjudicará a un sólo intermediario de seguros el manejo integral del plan de seguros. No obstante, si sus necesidades así lo ameritan, podrá adjudicar a otro intermediario un ramo o un grupo de ramos de seguros requeridos. En los pliegos de condiciones del concurso deberá consignarse esta posibilidad expresamente. En ningún evento habrá más de dos intermediarios por cada entidad estatal.

La vinculación del intermediario con la entidad estatal se prolongará hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados con su intervención dentro de un mismo proceso de selección, sin perjuicio de que la entidad contratante, con el cumplimiento previo de las formalidades legales, proceda a la terminación de la relación”

Lo anterior muestra, entonces, que si bien es cierto el proceso de selección de los intermediarios de seguros es diferente al de los demás contratistas con el Estado, no lo es menos que esa regulación especial debe aplicarse por igual o en forma independiente de si es una Mipyme o una gran empresa de intermediación de seguros. Por lo tanto, es claro que al comparar este mismo tipo de empresas –aquellas cuyo objeto social sea adelantar alguna de las formas de intermediación de seguros- no existe diferencia en el proceso de selección de contratistas cuando éstas son micro, pequeñas, medianas o grandes empresas, pues todas ellas están vigiladas por la Superintendencia Financiera y sometidas a regulación especial.

16. Pero de otra parte, si se comparan las Mipyme que adelantan cualquier actividad lícita y aquellas que se dedican a la intermediación de seguros, esto es, las vigiladas por la Superintendencia Financiera, es claro que las segundas están sometidas a un proceso especial de selección del contratista.

Planteadas así las cosas, entonces, corresponde a la Sala determinar si el hecho de que las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera estén sometidas a un proceso especial de selección del contratista u otros motivos que podrían deducirse de la reglamentación general de la materia, constituyen razones suficientes y proporcionadas para excluirlas de aquellas prerrogativas contempladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Para ello, la Corte debe adelantar el correspondiente juicio de igualdad y averiguar, en primer lugar, si el criterio de diferenciación que utiliza la norma acusada para excluir de los beneficios en la contratación administrativa a algunas Mipymes (ser vigiladas por la Superintendencia Financiera) realmente las hace diferentes para obtener los beneficios consagrados en la norma acusada y, en segundo lugar, si ese trato diferente resulta válido constitucionalmente a la luz de la comparación entre los objetivos que se persiguen con la consagración de acciones afirmativas en la contratación y los medios utilizados por la norma demandada.

Discriminación en contra de la Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera.

17. El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 autorizó a las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Administrativa a incluir en los pliegos de condiciones beneficios a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), de acuerdo con el reglamento. Los privilegios estarán destinados a fomentar la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra local o departamental, cuyo valor no exceda de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dentro de las ventajas establecidas por esa norma a favor de las Mipymes se encuentran, entre otras, la subcontratación preferente y la consagración de líneas de crédito blando.

Tal y como se evidencia en los antecedentes legislativos del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el objetivo de esa medida fue promover la contratación con las pequeñas y medianas

empresas para hacerlas más competitivas y fortalecer su desarrollo. Así, en la exposición de motivos de uno de los proyectos de ley¹⁴ se explicó que con las modificaciones puntuales del Estatuto de la Contratación se pretendía asegurar la vigencia de los principios constitucionales de la función pública y en especial el de igualdad material de acceso a la contratación administrativa. En el transcurso del debate resulta interesante la intervención del Senador Andrés González quién defendió las medidas de discriminación positiva a favor de las Mipymes y explicó sus alcances, de la siguiente manera:

“Tengo un ejemplo conocidísimo en un condado cercano a New Cork, donde todas las compras y servicios estatales que allí se hagan en un porcentaje del 10 o el 15 por ciento, deben ser atendidas con empresas pequeñas y medianas empresas de esos municipios.

Entonces si se va hacer un cableado de computador, no es cierto, en ese municipio, pues si todo se contratara con los grandes, las 3, 4, 10 o 20 empresas internacionales especialistas en eso, ganarían todos los contratos y jamás habría en ese país, sino 4, 5 o 6 grandes empresas en cada nivel de la economía... Colombia ha tratado de establecer esta medida desde el año 76 siempre se ha dicho, no esto no se puede porque hay que preservar la libertad de comercio y la libertad de industria, no es que no se puede, porque no se puede establecer la discriminación, pero resulta que la peor discriminación es la que se establece con los pequeños industriales y comerciantes de cada municipio del país, que siempre resultarán barridos por las grandes empresas que manejan economía de escala”. Se llegó a proponer un porcentaje mínimo de las contrataciones con pequeñas y medianas empresas del municipio, de jóvenes o madres cabeza de familia”¹⁵

En su intervención ante la Comisión Primera del Senado y posteriormente en Plenaria la viceministra de justicia estuvo de acuerdo con utilizar la contratación pública como un mecanismo para la distribución adecuada del ingreso y para incentivar las pequeñas y medianas empresas, pero advirtió que ese objetivo no podría dejar de lado el deber de obtener contratistas que ofrezcan calidad y seriedad de las ofertas, por lo que propuso que los temas específicos sean regulados en el reglamento¹⁶

En el texto definitivo aprobado en plenaria del Senado de la República se observa que esa corporación autorizó mayores beneficios expresos a favor de las Mipymes respecto de los que finalmente se convirtieron en ley, tales como la distribución equitativa de los contratos, anticpos superiores a los previstos en la ley para la contratación en general y la posibilidad

¹⁴ En el proyecto de ley número 20 de 2005 Senado, presentado por los entonces Ministros de Transporte y del Interior y Justicia, doctores Andrés Uriel Gallego y Sabas Pretelt de la Vega, respectivamente, se propuso que “con el fin de garantizar el mayor beneficio socioeconómico posible de los recursos fiscales involucrados en la contratación, se podrán adoptar medidas que tengan por objeto beneficiar el desarrollo de la pequeña y mediana empresa// de conformidad con los criterios que señale el reglamento, podrán establecerse convocatorias públicas limitadas a los miembros de estas categorías de proponentes, así como establecer medidas que promuevan la subcontratación preferente de las mismas, sin perjuicio de otras que mejoren su competitividad en el mercado de la contratación estatal”. Gaceta del Congreso número 458 del 1º de agosto de 2005. Página 6

¹⁵ Gaceta del Congreso número 23 del 30 de enero de 2006. Página 11.

¹⁶ Gaceta del Congreso número 23 del 30 de enero de 2006. Página 23.

de imponer un porcentaje del presupuesto estatal que estaría destinado a la contratación con Mipymes¹⁷.

Posteriormente, la Cámara de Representantes aceptó la propuesta formulada en el sentido de admitir la consagración de algunas prerrogativas en los pliegos de condiciones para la contratación administrativa con micro, pequeñas y medianas empresas, aunque consideró conveniente modificar el texto para suprimir el deber de contratar un porcentaje determinado del presupuesto público con este tipo de empresas y la obligación de distribuir los contratos en forma equitativa¹⁸. Así, por ejemplo, la ponencia para segundo debate en la Cámara dejó en claro que el objetivo de la propuesta era promocionar la creación de empresa con garantías de cumplimiento y eficacia para el Estado¹⁹.

Como puede verse, fue clara la intención del legislador de autorizar al reglamento a fijar condiciones concretas para facilitar las acciones afirmativas en la contratación pública con micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo.

18. Ahora bien, la norma acusada excluyó de esos beneficios a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera (que como se vio, la restricción se limita a las micro, pequeñas y medianas empresas de intermediarios de seguros). Sin embargo, contrario a lo sucedido con la consagración de las medidas de discriminación positiva autorizadas en las que hubo motivación expresa, el legislador no fue claro al describir cuál fue el motivo o cuáles fueron los argumentos en que se apoyó para excluir del beneficio a dichas empresas. En efecto, el texto ahora demandado surgió del debate acaecido en la plenaria de la Cámara de Representantes²⁰, cuya diferencia fue posteriormente conciliada con el Senado de la República, tal y como consta en los Informes de conciliación publicados en las Gacetas del Congreso números 274 y 275 de 2007.

19. Así las cosas, para la Sala es evidente que el legislador no hizo públicas las razones en que se apoyó para excluir de las medidas afirmativas a las Mipymes controladas por la Superintendencia Financiera. No obstante, aunque, en principio, correspondería al legislador la carga argumentativa para sustentar las razones que justifican el trato distinto y desfavorable otorgado sólo a algunas micro, pequeñas y medianas empresas y que la falta de motivación podría ser considerado un indicio de trato desigual arbitrario, el solo hecho de que las razones no aparezcan expresamente en el debate parlamentario no es suficiente para concluir la existencia de una discriminación, puesto que es posible que la interpretación sistemática de la ley y su confrontación con las disposiciones superiores permita deducir cuáles fueron las razones del trato distinto que no sólo pueden ajustarse sino que resultarían necesarias para maximizar la fuerza normativa de la Constitución. Por esa razón, se procede a adelantar el juicio de igualdad con base en la hermenéutica integral de la disposición acusada.

¹⁷ Gaceta del Congreso número 282 del 11 de agosto de 2006. Página 22.

¹⁸ Gaceta del Congreso número 536 del 15 de noviembre de 2006. Página 6

¹⁹ Gaceta del Congreso número 96 del 27 de marzo de 2007. Páginas 1 a 6

²⁰ Tal y como consta en la Gaceta del Congreso 681 del 19 de diciembre de 2006, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes modificó el que ahora es artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 en el sentido de incluir el mínimo de creación de la Mipyme de 1 año antes de la celebración del contrato, pero no se dijo nada respecto de la exclusión ahora demandada. Sin embargo, en el texto definitivo del articulado aprobado por la plenaria de la Cámara ya aparece el parágrafo 3° del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007: Gaceta del Congreso número 261 de 2007. Páginas 8 a 15.

20. El criterio de comparación escogido por la norma acusada para excluir de los beneficios consagrados en la ley para las Mipymes es el ser objeto de vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera. Dicho de otro modo, se excluyen de los privilegios que la administración puede conceder a las micro, pequeñas y medianas empresas en la contratación pública únicamente a aquellas cuyo objeto social sea desarrollar actividades financiera o bursátil que, de acuerdo con la reglamentación actual, se limita a las pequeñas y medianas empresas que operan como intermediarios de seguros. Ahora, como se vio, los intermediarios de seguros tienen reglas precisas de acceso a la contratación estatal que flexibilizan el proceso de selección y facultan a la administración a exigir condiciones específicas para el contratista de tal forma que se garantice la transparencia, seriedad y cumplimiento del contrato estatal. Por consiguiente, a esta Corporación corresponde averiguar si esa diferencia en la contratación o el hecho de que la actividad sea controlada por la Superintendencia Financiera son razones constitucionalmente válidas para que el legislador hubiere consagrado la excepción que ahora se demanda.

21. Podría decirse que la actividad y la regulación especial de la contratación con intermediarios de seguros son dos factores objetivos de diferenciación que serían suficientes para justificar la diferencia de trato entre Mipymes que desarrollan cualquier actividad y las que son vigiladas por la Superintendencia Financiera, en tanto que el intérprete constitucional no puede desconocer la libertad de configuración normativa del legislador para establecer distinciones en materia de contratación pública.

Sin embargo, como en reiteradas oportunidades lo ha explicado esta Corporación, la libertad de configuración normativa del legislador no puede confundirse con la arbitrariedad de su ejercicio ni puede ser el único argumento para justificar el trato jurídico disímil. La Corte ha dicho que cuando la ley configura diferencias de trato, precisamente por respeto a la potestad normativa del legislador, la intensidad del control de constitucionalidad puede ampliarse o restringirse de acuerdo con la materia regulada, los principios constitucionales en tensión y las personas afectadas favorable o desfavorablemente con el trato diferente. En consecuencia, el solo hecho de que el legislador tenga libertad de configuración para regular las condiciones de la contratación administrativa no es suficiente para autorizar el trato diferente, pues debe tener objetivos constitucionales para proteger y el medio empleado por el legislador resulte razonable y proporcionado.

22. Pues bien, a pesar de que la diferencia de trato se establece en una materia de contenido económico (privilegios en la contratación pública) y por ello podría pensarse que la Sala debe adelantar un *test* débil de igualdad, no debe olvidarse que la regulación demandada excluye de la aplicación de medidas de discriminación positiva a micro, pequeñas y medianas empresas que, por su condición de debilidad en el mercado y por su importancia para generar fuentes de trabajo a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, han sido objeto de fomento y apoyo especial por parte del Estado, tal y como se describió en el fundamento jurídico 17 de esta providencia. Por lo tanto, el trato distinto por el que el legislador optó no sólo afecta negativamente a grupos de la población que se encuentran en situación de debilidad, sino que confronta varios principios y derechos de importancia constitucional, tales como: de un lado, el de prevalencia del interés general, la transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa que se protegen en la contratación pública (artículos 1º y 209 superiores) y, de otro, el principio de igualdad que supone la especial protección a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta y los derechos al trabajo, a la no discriminación y al acceso a la competencia en condiciones de igualdad y libertad (artículos 1º, 13, 25 y 333 de la Constitución). En consecuencia, para el análisis de constitucionalidad de la norma acusada la Sala utilizará *el test* de igualdad estricto.

Sobre la utilización del test estricto a pesar de que la ley regule asuntos de contenido económico, en ocasiones similares esta la Corte llegó a la misma conclusión. Así, por ejemplo, en sentencia C-1017 de 2003, dijo que la intensidad del juicio de constitucionalidad dependía de la relevancia constitucional de los valores que se ponían en riesgo con la medida analizada. La intensidad del juicio de constitucionalidad debía ser estricta cuando a pesar de que la norma demandada era de contenido económico, lo que estaba en juego no era solamente eso, sino su incidencia directa en el goce efectivo de derechos constitucionales.²¹

23. El primer paso en este escrutinio consiste en averiguar cuáles son los objetivos constitucionales que se pretenden amparar con el trato diferente consagrado en la norma acusada. Aunque, como se explicó, en los antecedentes históricos no aparece con claridad cuáles son los objetivos de la restricción, lo cual podría constituir por sí mismo un indicio de discriminación, la Sala encuentra que la exclusión de las acciones afirmativas en la contratación administrativa para las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera podría tener como finalidad proteger los principios de prevalencia del interés general, economía y eficacia de la función administrativa consagrados en los artículos 1° y 209 de la Constitución, en tanto que al impedir que se utilicen criterios a favor de algunos proponentes se garantiza la seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista y la escogencia de la oferta más favorable para el Estado. Evidentemente, los objetivos de la norma acusada son valiosos e imperiosos para la eficacia de los principios constitucionales que se protegen.

24. En segundo lugar, debe analizarse si el medio empleado por el legislador resulta razonable a la luz de los principios constitucionales que se pretenden proteger. Para ello, es importante averiguar si el medio no está constitucionalmente prohibido o si ese era necesario y adecuado para obtener el resultado buscado.

La Sala considera que la exclusión de las acciones afirmativas señaladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 únicamente a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera (los intermediarios de seguros) no es absolutamente necesaria ni adecuada para obtener la seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista, por dos razones: La primera, porque contrario a la lógica que maneja la norma acusada, la vigilancia de una empresa por parte de una entidad pública ofrece mayores garantías de solidez, liquidez y confianza en el manejo adecuado de sus negocios. La segunda, porque el proceso de selección de los intermediarios de seguros es idéntico para el caso de grandes empresas o de Mipymes, por lo que las medidas de discriminación positiva solamente se aplicarían para lo que sea conforme a la naturaleza particular del contrato que determine el reglamento, tal y como lo dispone el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Y, la tercera, porque el hecho de que sea una Mipyme no necesariamente la hace débil en seriedad y cumplimiento o ejecución de contratos para la provisión de obras, bienes, servicios cuya cuantía no excede de 750 salarios mínimos, acuerdos que son los destinatarios de las medidas afirmativas autorizadas por la ley. En consecuencia, como la medida restrictiva acusada no es adecuada ni necesaria para obtener el fin propuesto, se infiere su desconformidad con la Constitución.

De igual forma, la norma acusada no es adecuada para escoger la oferta más favorable para el Estado, en tanto que si lo que pretende la ley es fomentar el desarrollo de pequeñas empresas para impulsar la economía y el empleo nacional, evidentemente la oferta más favorable no es solamente la presentada por la empresa más sólida, sino por la empresa en

²¹ Cf. Sentencia C-1017 de 2003.M.P Rodrigo Escobar Gil. Manuel José Cepeda Espinosa.

crecimiento que crea nuevos empleos y se proyecta en la economía de mercado, sin sacrificar el cumplimiento y seriedad de la ejecución contractual.

25. Finalmente, la Sala considera que el medio empleado por la norma acusada resulta desproporcionado en relación con los derechos sacrificados. Dicho de otro modo, se concluye que el sacrificio de los derechos a la igualdad de las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera y al trabajo de los empleados de esas empresas resulta exagerado frente al beneficio social pretendido de seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista y la escogencia de la oferta más favorable para el Estado, por lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en la ley, las medidas de discriminación positiva contempladas en la contratación están sometidas a la regulación reglamentaria y a la valoración que en el caso concreto puede hacer la administración, de tal forma que en el diseño particular de los factores de escogencia contenidos en los términos de referencia o en el análisis previo de la selección del contratista, pueden incluirse cláusulas que propendan por los mismos objetivos que aquí se implementan sin que sean sacrificados los derechos al trabajo y a la no discriminación de las micro, pequeñas o medianas empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera.

De otra parte, no debe perderse de vista que, tal y como se evidencia en los antecedentes legislativos del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las acciones afirmativas a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, que son perfectamente aplicables a las controladas por la Superintendencia Financiera o por cualquier autoridad pública, concretan políticas públicas de enorme interés político e importancia constitucional no sólo porque inciden en el crecimiento de la economía nacional sino también porque contribuyen de manera eficaz y adecuada a incrementar el empleo no calificado de personas que se encuentran en clara situación de vulnerabilidad por su falta de capacidad económica y de preparación profesional. Entonces, como la exclusión de beneficios en la contratación administrativa para ese tipo de empresas, cuyos objetivos constitucionales son de igual manera imperiosos para el país, debía contar con una justificación suficientemente clara y adecuada y no la hubo, ni de manera expresa o tácita, es fácil inferir su desproporcionalidad.

26. Con todo, podría pensarse que el solo hecho de que las micro, pequeñas y medianas empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera desarrollen una actividad de interés público que goza de especial atención por parte del Estado (artículo 335 de la Constitución) justifica el trato diferente otorgado en la norma acusada y es razón suficiente para excluirlas de las acciones afirmativas en la contratación administrativa.

Pese a que a primera vista esa conclusión parecería cierta, la Sala no la comparte porque la regulación sistemática de la actividad aseguradora y la lectura detenida de las normas especializadas permite demostrar que la actividad excluida del fomento mediante acciones afirmativas en la contratación (la intermediación de seguros) no implica riesgo para el Estado ni representaría afectación para los intereses implícitos a la contratación pública, precisamente por eso la ley diseñó el proceso de contratación más flexible para todos los intermediarios de seguros en tanto que ellos no se escogen por licitación pública sino por concurso de méritos. En efecto, de acuerdo con la regulación legal actualmente existente, es claro que la labor de intermediación de seguros no implica ni riesgo social ni maneja una actividad que podría afectar los intereses del Estado en la contratación pública, pues el artículo 40 del Estatuto Orgánico de Presupuesto es claro en señalar que “*son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador*”. Y, el artículo 41 de esa misma normativa define los agentes colocadores de pólizas de seguros como “*las personas naturales que promuevan la*

celebración de contratos de seguro y de capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización”. Por su parte, el objeto social de las entidades aseguradoras, tal y como lo regula el artículo 38 del Decreto 663 de 1993, es la “realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente... efectuar operaciones de reaseguro... las sociedades cuyo objeto prevea la práctica de operaciones de seguros individuales sobre la vida deberán tener exclusivamente dicho objeto, sin que su actividad pueda extenderse a otra clase de operaciones de seguros, salvo las que tengan carácter complementario”.

Nótese que a diferencia de la actividad aseguradora en la que sí se involucran aspectos técnicos de enorme envergadura respecto de la seguridad, seriedad y solidez de la empresa con la que se contrata la póliza que establece los términos y condiciones en las que asumiría un siniestro, la labor de intermediación de seguros se limita a gestionar ante la administración las propuestas que el mercado asegurador ofrece y a adelantar los trámites pertinentes en caso de siniestro ante la entidad aseguradora con la que se contrató el seguro. Luego, no es cierto que los intermediarios de seguros adelanten actividades que pongan en riesgo los principios propios de la contratación administrativa que impida la aplicación de las medidas de acción afirmativa señaladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 para fomentar las micro, pequeñas y medianas empresas.

27. En consideración con todo lo expuesto, la Sala concluye que la diferencia de trato para efectos de acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera es discriminatoria y, por lo tanto, contraria al artículo 13 de la Constitución, por lo que será declarada inexecutable.

III. DECISION

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

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** el parágrafo 3º del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

Ausente en comisión

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Ausente en comisión

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Impedimento aceptado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

Sentencia C-1514/00

VALOR CONSTITUCIONAL-Alcance

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL-Alcance

VALOR CONSTITUCIONAL-Vulneración directa

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Interpretación unilateral por la Administración

ESTADO-Prerrogativas públicas

TEST DE IGUALDAD-Alcance

ADMINISTRACION-Prerrogativas o privilegios

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Alcance

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Interpretación unilateral por discrepancias

IGUALDAD EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Limitación de una de las partes

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, como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Prerrogativas públicas

TEST DE IGUALDAD EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Prerrogativas de la administración

TEST DE IGUALDAD EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Interpretación unilateral por administración

Referencia: expediente D-3026

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) de la Ley 80 de 1993

Actor: Max San Juan Barraza

Magistrado Ponente (E):
Dra. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., noviembre ocho (8) de dos mil (2000)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Max San Juan Barraza demandó de manera parcial el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial N° 41.094 del 28 de octubre de 1993:

"Ley 80 de 1993"
(28 de octubre)

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

Artículo 15. De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que pueden conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 viola el artículo 2° de la Constitución, en particular, la obligación del Estado de asegurar “la vigencia de un orden justo”.

El actor señala que el principio *pacta sunt servanda, contratos lex interpartes*, el cual califica de elemento básico del “instituto contractual” y que en el derecho colombiano se encuentra en el artículo 1602 del Código Civil, constituye presupuesto de un orden justo, pues asegura que las partes que intervienen en un contrato, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, estén en una situación de igualdad relativa, esto último en razón de legítimas limitaciones de la autonomía de la voluntad, tales como el interés público o las buenas costumbres.

Dicha igualdad relativa - base de un orden justo - se destruye por completo, mediante la figura de la interpretación unilateral, pues se “potesta al Estado con facultades absolutas y omnipotentes propias de los regímenes monárquicos y no liberales como el nuestro”, pues corresponderá a la administración definir la manera en que se ha pactado el contrato y la forma de cumplirlo.

Con ello, además, la administración usurpa funciones judiciales, puesto que “si entre las partes del contrato surgen discrepancias lo más sano y lógico es que la misma se resuelva por terceros, que en un plano más objetivo y sensato entren a resolver los móviles de las contradicciones, resultando un tanto absurdo que una de las partes descontentas sin mediar el real alcance de la situación emita un juicio que pueda ir viciado de soberbia y temeridad”.

A su juicio, la solución del legislador - interpretación unilateral - genera graves inconvenientes para la misma administración y para los contratistas de ella, en razón a las demoras que el acto de interpretación unilateral suponen para la solución definitiva de los problemas contractuales. Estima, en últimas, que el mecanismo más conveniente es acudir a un tribunal de arbitramento.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El ciudadano José Camilo Guzmán Santos, en su calidad de Director del Derecho y el Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho y actuando como apoderado del citado ministerio, interviene para defender la norma acusada.

El interviniente inicia su escrito explicando que “la celebración y ejecución de los contratos busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que participan en la consecución de esos fines”, de suerte que este propósito se convierte en elemento esencial para la interpretación de todo contrato celebrado por la administración. Con el objeto de asegurar el cumplimiento de dicho propósito, el legislador ha previsto una serie de instrumentos, ausentes en la contratación privada, que suponen el ejercicio de poderes excepcionales en favor de la administración - entre ellas, la interpretación unilateral -, “entendidas no como facultad sancionadora sino como una especial condición de la Administración, que responde a la necesidad de asegurar los fines esenciales del Estado”.

La utilización de las prerrogativas excepcionales, sigue el interviniente, no es libre por parte de la administración. La Ley 80 de 1993 limita la inclusión de las cláusulas excepcionales a los casos en los cuales esté de por medio la prestación de un servicio público, la realización de una obra, el ejercicio de

monopolios estatales y la explotación o concesión de bienes del Estado. En estas modalidades contractuales y con el “exclusivo objeto de evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación”, la administración puede hacer uso, siempre y cuando se den los requisitos fijados por el mismo legislador, de las facultades excepcionales. Dicho uso, destaca el interviniente, exige de la administración que disponga lo necesario para mantener el equilibrio contractual pactado.

En relación con la norma acusada, señala que la administración no puede interpretar unilateralmente el contrato sin que previamente se haya agotado una etapa de arreglo directo de las diferencias y, además, que la disputa pueda tener efectos graves o conducir a la parálisis del servicio público que se busca satisfacer con el contrato. Así las cosas, resulta claro que previo a la interpretación unilateral, la administración ha debido buscar un consenso sobre la interpretación bilateral del contrato.

Por lo tanto, concluye que el cúmulo de medidas protectoras para el contratista que rodean la aplicación de la interpretación unilateral, “no solamente aseguran la vigencia de un orden justo, sino que representan una garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de los administrados en las decisiones que los afectan, por todo lo cual no puede alegarse vulneración del artículo 2º de la Carta Política”.

2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado especial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Juan Fernando Romero Tobón, interviene para defender la norma acusada. En un extenso escrito explica que en el constitucionalismo contemporáneo se entiende legítima la idea de “la primacía de la actuación estatal sobre la base del interés general o interés público”. A partir de esta idea introductoria desarrolla su argumentación.

Según entiende el interviniente, la doctrina de la Corte enseña que la existencia de privilegios públicos sólo son admisibles si superan las distintas etapas del juicio de igualdad.

La contratación estatal, señala el interviniente, tiene como base la voluntad de las partes. Distintas disposiciones de la Ley 80 de 1993 así lo confirman. Sin embargo, la contratación pública es sin lugar a dudas uno de los campos en los cuales se manifiesta de manera más clara la primacía del interés general, lo que explica el régimen especial al cual está sometido (C.P. art. 150, último inciso). El sistema normativo acogido en la Ley 80 de 1993 ha impuesto serias restricciones a la administración, a fin de que el uso de las prerrogativas sea excepcional y debidamente justificado, con el objeto de garantizar que ellos no se conviertan en una carga exorbitante para el contratista. Para tal efecto, el uso de las prerrogativas estatales debe estar acompañado del reconocimiento del equilibrio contractual pactado y de la aplicación de los mecanismos de ajuste de precios (arts. 4 y 5 de la Ley 80 de 1993), entre otras garantías. Por consiguiente, “se percibe que no fue el propósito del legislador permitir la irresponsabilidad frente a los contratistas o frente a quienes puedan adquirir la calidad de tales, ni que sus actuaciones pasen (sic) estén desprovistas de un móvil que se autoformula en la propia finalidad de la administración”.

En relación con la cláusula objeto de tacha, el memorialista considera que se trata de una figura excepcional, pues de una parte, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 limita los contratos en los cuales puede pactarse y por otra, la norma demandada restringe su aplicación a ciertos sucesos. En efecto, en los contratos en los cuales se ha pactado la cláusula, la declaración unilateral únicamente podrá ser

declarada en los eventos en los cuales sea necesario evitar la parálisis o afectación de un servicio público, siempre y cuando las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre la forma de interpretar el contrato. Así las cosas, resulta evidente que existe un vínculo claro entre el interés general (continuidad del servicio) y la aplicación de la cláusula. De ello, estima el interviniente, no se deriva inconstitucionalidad alguna.

Finalmente rechaza las acusaciones de violación de los principios de economía y eficiencia y de igualdad de trato. Respecto de los primeros, asegura que la solución legal - interpretación unilateral -, respeta los mencionados principios, pues “es evidente que no resulta congruente (frente al concepto de servicio público) que la administración, y con ella la ciudadanía, deba esperar a la solución judicial de la controversia”. En estos términos, resulta eficiente que la administración interprete unilateralmente a fin de asegurar la continuidad del servicio, razón de ser del contrato.

Por último, señala que existe similitud normativa entre la norma acusada y el artículo 14 de la misma ley, que dispone parcialmente:

“en consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán (las entidades estatales), en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas”.

Debido a lo anterior, solicita que la Corte Constitucional extienda su decisión de exequibilidad a la norma indicada.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante concepto del 27 de julio de 2000, el señor Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de la norma acusada.

El Procurador señala que existe un régimen especial de contratación para el Estado, que se explica por la finalidad de los contratos que celebra la administración. Mientras que los contratos de los particulares tienen como objeto fines egoístas, la administración requiere de los particulares para lograr fines estatales.

Teniendo en cuenta esa diferencia sustancial, no resulta extraño que en la relación contractual entre Estado y particular, éste se coloque en una situación de desigualdad, pues el interés general representado en los fines del Estado, así lo imponen. En esa medida, la facultad de interpretar unilateralmente los contratos tienen por objeto, precisamente, garantizar al Estado el cumplimiento de sus funciones constitucionales, en particular, la de asegurar la debida prestación de los servicios públicos.

Precisa que en el régimen contractual de la administración, se han dispuesto garantías suficientes para asegurar que la aplicación de ésta y de otras prerrogativas no se convierta en mecanismo de arbitrariedad de la administración.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

2. Problema jurídico

El demandante considera que la disposición acusada viola el orden justo, al permitir que el Estado asuma una posición de supremacía sobre el contratista gracias a la potestad de interpretar unilateralmente los contratos, el cual mina el principio de *pacta sunt servanda*, cuando debería existir una relación de igualdad, de suerte que toda controversia se someta a decisión judicial, aunque estima conveniente acudir, por razones de economía, a la justicia arbitral.

Los intervinientes y el Procurador General de la Nación consideran que la norma acusada busca proteger un orden justo, pues la interpretación unilateral únicamente se aplica para efectos de garantizar la adecuada prestación de servicios públicos. Por la finalidad de la norma, resulta natural que se reconozca a la administración ciertas prerrogativas, pues frente al interés general no es posible exigir la igualdad entre los extremos de la relación contractual. De otra parte, señalan que la prerrogativa, en los términos establecidos en la ley, no es desproporcionada.

Corresponde a la Corte establecer si la facultad de la administración de interpretar unilateralmente los contratos entraña violación del orden justo, rompe de manera inconstitucional la igualdad contractual y si desconoce los principios de economía y eficiencia de la administración.

3. Valores constitucionales. Criterio de interpretación.

El demandante considera que la norma acusada viola el orden justo. La Corte ha señalado que el concepto de orden justo que se ha consagrado de manera expresa en la Constitución corresponde a la categoría de los valores constitucionales¹. A fin de enfrentar el cargo del demandante, la Corte se ocupará primeramente de la temática de los valores constitucionales.

En la Constitución pueden identificarse normas de distinta naturaleza - valores, principios y reglas -, las cuales, aunque gozan de fuerza normativa (C.P. art. 4), vinculan de manera distinta a los poderes públicos y están sujetas a criterios distintos de interpretación.

Los valores constitucionales “representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”². Por ello, en tanto que valores fundantes, gozan de “una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido”³ y, por lo mismo, difícilmente es posible derivar de ellas, en sede judicial y aplicando métodos de interpretación jurídicos, reglas jurídicas propiamente dichas. Claramente su desarrollo corresponde, por su propia indeterminación interna, al legislador⁴.

¹ Sentencia C-690 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

² Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

³ Idem.

⁴ En la sentencia T-406 de 1992 se indicó al respecto:

Los principios constitucionales, por su parte, están ubicados en el plano deontológico. La estructura propia de estas normas - contienen prescripciones jurídicas -, permite al juez, a través de una metodología eminentemente jurídica, que “descubra” las reglas jurídico-constitucionales contenidas en el principio; ello no impide, en todo caso, al legislador su desarrollo, en virtud del principio democrático.

La imposibilidad para el juez constitucional de derivar directamente reglas jurídicas de los valores constitucionales, implica que los valores constitucionales, en lo que al juez respecta, únicamente tengan “eficacia interpretativa”⁵.

Ello no supone que una disposición legal que desconozca los valores constitucionales no deba ser separada del ordenamiento, pues “con base en el principio de concordancia práctica de las normas constitucionales deben conducir la aplicación del derecho por las metas o fines predeterminados por el Constituyente”⁶. Sin embargo, no es suficiente apelar a un valor constitucional para separar la norma del ordenamiento, se requiere la violación de un principio constitucional o la aplicación inconstitucional de un principio, pues, “Los valores son definatorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto.”⁷

Esta postura sustenta la posición de la Corte⁸ en la sentencia C-252 de 1998, reiterada en las sentencias C-383 de 1999 y C-700 de 1999, pues en dichas oportunidades se consideró que el desarrollo legal del derecho a vivienda digna (C.P. art. 51), norma-principio, desconocía los valores consagrados en el preámbulo de la Constitución.

Las dificultades que surgen a la hora de aplicar directamente los valores constitucionales se aprecia en la misma demanda, pues el actor asocia el orden justo con los elementos tradicionales del estado liberal que ubican al Estado como contradictor de la sociedad, los cuales, si bien en ciertos ámbitos tiene plena vigencia en el Estado social de derecho - como ocurre en materia de libertades públicas - en otros se subordinan al principio de que el Estado actúa como ente coordinador e integrador de la sociedad, antes que ostentar la condición de ser su “enemigo natural”.

De otra parte, el demandante acusa la violación del orden justo por cuanto en su concepto la norma acusada contempla un trato desigual, en una materia en la cual dicho trato resulta inadmisibles. A fin de enfrentar dicho cargo, habría que analizar el tema de la igualdad y, únicamente si no es posible lograr

“Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes.”

Por su parte, en la sentencia C-690 de 1996 la Corte precisó:

“En síntesis, en consideración a que la justicia es valor determinante en el Estado Social de Derecho y se constituye en un marco de conducta de los poderes públicos, ni el legislador puede serle indiferente en el proceso de creación de normas...”

⁵ Sentencia T-406 de 1992.

⁶ Sentencia C-690 de 1996.

⁷ Sentencia T-406 de 1992.

⁸ Ver además las sentencias C-479 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero y T-079 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

una solución ajustada a derecho a partir del juicio de igualdad, sería obligatorio - precisamente, en virtud de su fuerza normativa mediata - acudir al valor constitucional. Estando de por medio la eventual violación del derecho a la igualdad, el demandante ha debido demostrar que, en el caso concreto, resulta indispensable interpretar la igualdad en concordancia con el valor orden justo. Lo anterior, por cuanto la igualdad, como quedó explicado antes, es norma-principio, que vincula directamente al juez constitucional. El demandante omite dicho análisis y se limita a afirmar la existencia de un vínculo entre igualdad y orden justo, mientras que su argumentación se dirige a demostrar un trato desigual contrario a la Carta.

En estas condiciones, el cargo por violación del valor constitucional “orden justo” no está llamado a prosperar, pues no es posible acusar de manera directa, la violación de un valor constitucional.

4. Cláusula de interpretación unilateral y las prerrogativas de la administración en materia contractual

La existencia de la prerrogativa de la administración de interpretar unilateralmente los contratos administrativos, supone una relación de desigualdad entre las partes contratantes. En sentencia C-539 de 1999 la Corte se ocupó del tema de las prerrogativas en favor del Estado, y señaló que la existencia de los privilegios públicos no se pueden 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.

“23. Las prerrogativas públicas establecen, como se vio, un trato favorable que beneficia al Estado cuando éste actúa en determinados ámbitos. En este sentido, esas prerrogativas constituyen una manifestación de poder público que, por esta razón, debe someterse enteramente al marco constitucional establecido en los párrafos anteriores.

En el contexto descrito, la legitimidad de un privilegio público depende de que éste pueda ser adscrito al cumplimiento o la satisfacción de alguna de las finalidades que la Carta Política le ha confiado al Estado. Adicionalmente, la específica configuración - usualmente legal - que adopte la prerrogativa pública de que se trate debe adecuarse a los postulados del principio constitucional de proporcionalidad (C.P., artículo 5°), según el cual ésta deba ser útil y necesaria respecto de la finalidad que persigue y no comprometa bienes constitucionales más importantes que los que busca promocionar o proteger.”⁹

En la misma oportunidad, la Corte señaló que el test de igualdad debía ser débil, en razón a la amplia libertad de configuración de que goza el legislador para regular lo relacionado con los trámites judiciales:

“En estas circunstancias, el *test* de igualdad que se empleará en el caso *sub-examine* no debe ser particularmente estricto. El mismo consistirá en establecer cuál es la finalidad que persigue el

⁹ Sentencia C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

trato distinto consagrado en la disposición demandada y si ésta es legítima a la luz de la Constitución. Ciertamente, incluso en aquellos ámbitos en los cuales el legislador tiene una gran capacidad de configuración política, **una norma que establece una diferencia de trato entre personas que, en principio, se encuentran en las mismas condiciones**, sólo será legítima si persigue una finalidad constitucionalmente aceptada. Una vez resuelta esta cuestión y siempre que la disposición supere este primer paso del test de igualdad, habrá de determinarse (1) si la diferenciación es útil - siquiera parcialmente - para alcanzar la finalidad perseguida; (2) si la diferenciación es necesaria, en el sentido de establecer que no existen medidas que incuestionablemente alcancen idéntico resultado a un menor costo; y (3) si la diferenciación es estrictamente proporcionada, es decir, si los costos que produce son inferiores al beneficio que alcanza.” (Negrilla fuera del texto).

En el presente caso, la Corte retoma el argumento central de la sentencia mencionada, esto es, que tratándose de privilegios de la administración o, genéricamente, del Estado, se impone sustentar su existencia más allá de la mera invocación del “interés público” o la especial naturaleza del Estado.

Sin embargo, debe destacarse que la subregla que se desprende de la sentencia C-539 de 1999 tiene como elemento especial la circunstancia de que la norma introduce, respecto de personas que en principio se encuentran en la misma situación (sujetos en procesos judiciales), un beneficio que modifica la situación de igualdad inicial.

4.1 Libertad de configuración en materia contractual. Desigualdad en el punto de partida

El legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto públicos¹⁰ como privados¹¹. 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.

Así, por ejemplo, en materia laboral, su régimen está claramente atravesado por la constatación de que si bien se respeta el principio de la autonomía de la voluntad, se reconoce en el trabajador una parte débil del contrato, que requiere una especial protección. En materia de derechos de los consumidores, por su parte, aunque se está en presencia del “reino de la autonomía contractual”, el reconocimiento de una situación de debilidad de los consumidores frente a los proveedores o prestadores del servicio, ha llevado a la consagración de figuras tales como la “garantía mínima presunta”.

En materia de contratación pública, la Constitución le impone al legislador la tarea de diseñar un modelo de contratación que tenga en cuenta la limitada autonomía contractual del Estado y la finalidad de la contratación pública:

¹⁰ Ver, entre otras, sentencias C-772 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz y C-897 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹ Ver, entre otras, sentencias C-232 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía y C-269 de 1999 M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano.

“Dentro de la misma finalidad, el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para “...la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...”¹²

Esa facultad de contratación por parte del Estado se desarrolla dentro de un marco legal asignado al Congreso de la República para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (C.P., art. 150, inciso final), **normatividad que subordina la actuación de las entidades estatales y en consecuencia la de sus servidores públicos en la ejecución de todas las etapas contractuales. Adicionalmente, tales funciones, como actividad estatal que son, tienden a lograr la obtención de resultados positivos bajo estricta sujeción, tanto para su regulación y realización, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que gobiernan la función administrativa en general.**

Como instrumento contractual que facilita la consecución de los fines estatales, en el entendido de que la contratación es uno de los recursos más importantes para alcanzarlos, el Legislador ordinario expidió el nuevo Estatuto General de Contratación Administrativa contenido en la Ley 80 de 1993, objeto de reglamentación gubernamental.

(...)

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación..”¹³ (negrilla fuera del texto).

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.

Así mismo, debe tenerse presente que una vez celebrado el contrato, el contratista se somete al mismo régimen de responsabilidad que se impone a los servidores públicos, en razón de que asiste al Estado en la realización de sus fines constitucionales:

“En contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha

¹² Sentencia C-449/92, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Sentencia C-154 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara.

considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”.¹⁴

En ese orden, la existencia de prerrogativas estatales en materia de contratación no puede sujetarse a idéntico tratamiento que se impone a las prerrogativas que se establecen en ámbitos en los cuales la igualdad de las partes constituya un presupuesto.

4.2 Interpretación unilateral y juicio de razonabilidad.

El demandante considera, siguiendo lo estipulado en el Código Civil, que en materia de contratación pública las partes se encuentran en igualdad de condiciones y, por lo tanto, resulta desproporcionado que a una de ellas se le confiera la competencia para interpretar unilateralmente el contrato.

En el punto 4.1 de esta sentencia se ha demostrado que la situación inicial de la que parte la contratación pública no es de igualdad entre las partes. De ello, sin embargo, no se deriva que la existencia de prerrogativas en favor de la administración estén libradas de control constitucional. Al igual que en materia de igualdad, donde la Corte ha establecido la aplicación de test diferenciales - fuerte, intermedio y débil -¹⁵, es posible distinguir entre el juicio de proporcionalidad (test fuerte o intermedio) del juicio de razonabilidad. Siguiendo las pautas fijadas en la Sentencia C-445 de 1995, puede afirmarse que en aquellas materias en las cuales el legislador goza de amplia configuración normativa y, no se afectan de manera directa derechos fundamentales o la regulación no se acerca a su núcleo esencial (T-067 de 1998), debe aplicarse un juicio débil, de suerte que “son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por el ordenamiento constitucional”¹⁶.

La norma acusada autoriza a la administración para interpretar unilateralmente contratos celebrados por la administración. La misma disposición señala dos requisitos **concurrentes** para que proceda el ejercicio de la cláusula: que las disposiciones objeto de interpretación “puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del **servicio público** que se pretende satisfacer” con el contrato y, que exista un intento de acuerdo previo. Es decir, la ley únicamente autoriza a la administración a interpretar unilateralmente las cláusulas de un contrato si, a la falta de un acuerdo con la contraparte, se compromete la realización de algunos fines estatales: prestar un servicio público. En resumen, solamente procede a fin de asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional: “Los servicios

¹⁴ Sentencia C-563 de 1998 M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL y CARLOS GAVIRIA DIAZ.

¹⁵ Ver sentencias C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-067 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Sentencia C-445 de 1995.

públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (C.P. art. 365).

La Corte considera que la interpretación unilateral, en los términos del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, resulta razonable, pues con el objeto de asegurar el cumplimiento de un mandato de la Constitución, el legislador ha autorizado a la administración para que, dadas las circunstancias previstas en la disposición, la prestación de los servicios públicos (elemento de su eficiente prestación) no se vea interrumpida mientras se resuelven las diferencias entre la administración y el contratista sobre la ejecución del contrato. Debe tenerse en cuenta, además, que la ley ha previsto que el contratista tiene el derecho de solicitar “que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas” (Ley 80 de 1993 artículo 5° inciso 2 del numeral 1°, artículo 14 numeral 1), con lo cual resulta claro que el interés económico del contratista se ve preservado frente a las decisiones de la administración.

En estas condiciones, de otra parte, no se aprecia que la interpretación unilateral implique violación del principio de economía (C.P. art. 209), pues indudablemente resulta más “económico” para los fines estatales, garantizar la normal prestación de los servicios públicos, que sujetarlos a las decisiones judiciales, cuya competencia, sea del caso advertir, no se elimina por el ejercicio de la mencionada facultad.

En relación con el argumento del demandante, en cuanto que lo ideal sería convocar a un tribunal de arbitramento a fin de que decida sobre la interpretación de los contratos que celebra la administración, la Corte se abstiene de considerarlo, en razón a que se trata de un juicio de mera conveniencia que no compete a esta Corporación.

Finalmente, tampoco hay lugar a aceptar la solicitud de unidad normativa presentada por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su intervención, con segmentos del artículo 14 de la ley 80, que en su concepto tienen idéntico contenido al de la disposición acusada. Al respecto, cabe señalar, que de acuerdo con el artículo 6° del decreto 2067 de 1991, dicha unidad sólo procede a criterio de la Sala Plena, cuando la norma es declarada inexecutable, situación que no tiene ocurrencia en esta oportunidad.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 15 de la Ley 80 de 1993.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

FABIO MORON DIAZ
Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALI
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLI
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada (e)

MARTHA V. SACHICA MENDEZ
Magistrada (e)

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Secretario General (e)