

**INCIDENCIAS DEL PRECEDENTE JUDICIAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Álvaro Enrique Nieto Bernate
Lina Esperanza Villamil Loaiza
Diciembre de 2015



Universidad La Gran Colombia
Facultad de Derecho
Diciembre de 2015

Tabla de contenido

INCIDENCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.....	2
Abstrac.....	3
Introducción	4
1. Las sentencias de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano.....	7
1.1. Las sentencias de control de constitucionalidad	8
1.1.1. Carencia de material factico.....	9
1.2. Efectos jurídicos Erga omnes y cosa juzgada constitucional	12
2. La contratación estatal en Colombia.....	32
3. Incidencias de la jurisprudencia constitucional en la contratación Estatal	33
3.1 Delimitación de la naturaleza instrumental del Contrato Estatal	38
3.2 Efectividad del derecho a la igualdad como principio orientador en la contratación Estatal	42
3.3. Responsabilidades del contratista en el Contrato Estatal	45
4. Conclusiones.....	46
5. BIBLIOGRAFIA.....	49

INCIDENCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Resumen

La Contratación Estatal ha sido un instrumento central para la consecución de los fines del Estado, esto ha generado que esta forma de gestión pública sea objeto de reformas concurrecidas con la intención de regular los distintos procesos, sujetos y actuaciones que inicia desde la planeación, hasta la ejecución del contrato bajo el estandarte del principio de legalidad, moralidad administrativa y transparencia, no obstante las reformas legislativas no son la única fuente de derecho que ha moldeado el régimen de la contratación Estatal, puesto que el valor jurídico que ha obtenido la jurisprudencia constitucional, en virtud de las sentencias de la Corte Constitucional ha constituido una fuente de derecho indómita en la configuración de las distintas aristas del contrato público, extendiendo sus efectos en varias normas, e instituciones del articulado de la contratación pública.

Abstrac

Contracting State has been central to the achievement of the goals of the State instrument, this has meant that this form of governance is the subject of busy reforms intended to regulate different processes, subjects and actions initiated from planning to the contract under the banner of the rule of law, administrative morality and transparency, despite legislative reforms are not the only source of law that has shaped the system of government procurement, since the legal value obtained constitutional jurisprudence by virtue of the judgments of the Constitutional Court it has been a source of untamed right configuration of the various edges of the contract, extending its effects on various rules and institutions articulated in government procurement.

Introducción

El estado constitucional de derecho actual ha establecido una férrea protección de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, al punto de concebir a la ley, y demás fuentes del Derecho como instrumentos ontológicos de desarrollo de garantías humanas. Esta consigna, sin embargo, no se encuentra aislada de una reforma medular al impacto y alcance que tenían las tradicionales fuentes del derecho en el marco de un estado de derecho clásico, y que lograra una eficacia real y un imperio evidente de la dignidad humana sobre las regulaciones de los poderes constituidos.

De acuerdo al planteamiento anterior, ha sido la jurisprudencia la fuente de derecho que ha permitido una verdadera expansión de los derechos fundamentales, y una proyección de los derechos económicos, sociales y culturales, en una sociedad abiertamente alejada de las regulaciones que los afectan; es así como las sentencias de constitucionalidad y los fallos de revisión de tutela de la Corte Constitucional han establecido un marco de regulación paralelo al que dictan las leyes y los reglamentos, debido principalmente a la consolidación y desarrollo que ha tenido la teoría del precedente judicial y los efectos *erga omnes* de las sentencias de constitucionalidad, que se ha presentado como un modulador de las distintas jurisdicciones y ramas del derecho, en procura guardar la eficacia de la constitución política.

La contratación estatal, como una actividad social y pública, se encuentra estrictamente regulada, institucionalizada y se sitúa como una rama del derecho de importancia trascendental por su incidencia en el cumplimiento de los fines del Estado. En estos términos y teniendo en cuenta el impacto transversal del presente judicial constitucional, es necesario evaluar como el régimen de la contratación pública se ha visto

afectado por los fallos de la jurisprudencia constitucional, y evaluar la incidencia que estos han tenido dentro del modelo del contrato estatal.

Con la identificación del impacto del precedente judicial constitucional en las distintas aristas del régimen de contratación estatal se evaluara si se ha contribuido con esta tendencia, al desarrollo constitucional de las garantías del debido proceso, derecho de defensa, prevalencia del derecho sustancial, y los demás principios constitucionales que informan la contratación pública y permiten que no se desdibujen, sin alterar el cumplimiento de los fines del Estado, los derechos fundamentales de los contratistas, del contratante y los demás participantes del proceso de contratación. El lugar protagónico de la ley en el ordenamiento jurídico colombiano se ha visto relegado por los alcances normativos, e impacto social de la jurisprudencia. Este fenómeno se ha consolidado por la instauración del control de constitucionalidad concentrado, y la configuración procesal de la acción de tutela, mediante la revisión ante la Corte constitucional.

Es por ende que incluso las ramas del derecho, con más adhesión al principio de legalidad rígido, se han visto modificadas por los efectos de la jurisprudencia, la cual, mediante el precedente jurisprudencial se ha inscrito como la determinadora genuina de los derechos. Así pues, la contratación estatal, no es ajena a este fenómeno, ya que si bien se mantiene un régimen estrictamente ligado a principio de legalidad, por ser una rama del derecho público; la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional de las disposiciones legales y reglamentarias han optimizado la efectividad de principios de la contratación estatal, en razón a ello se podría afirmar que los mecanismos legislativos como la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, e incluso el Decreto 1510 de 2013

han recibido un influjo de la jurisprudencia constitucional, rediseñando un régimen diferente de contratación pública.

Las sentencias de constitucionalidad y los fallos de revisión de tutela de la Corte Constitucional han tenido incidencia jurídica en el régimen de la contratación estatal, la cual se puede apreciar en dos sentidos, e primer lugar, delimitando la interpretación de marcos de regulación generales como la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 orientado la contratación a una visión constitucional de derecho que permita entre otras efectivizar la selección objetiva del contratista, la defensa y el debido proceso del contratista frente a los actos de la administración, la participación ciudadana en el proceso precontractual, el equilibrio financiero del contrato, y las garantías de cumplimiento a favor de la administración, entre otras; por otro lado mediante los fallos de tutela se ha generado un avance en derechos fundamentales, y en la superación de regulaciones legales y reglamentarias que vulneraban derechos iusfundamentales del contratista, estando estos dos procesos inscritos en el marco de la teoría del precedente judicial y los nuevos mecanismo legales que instauro la ley 1437 de 2011 que han potencializado el impacto de la jurisprudencia en general.

1. Las sentencias de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano

El tribunal constitucional como guardián indómito de la constitución, hace uso de su vocación jurisdiccional para mantener un orden constitucional mediante sus sentencias, esta función, como se vislumbra, hace alusión a una actividad estrictamente jurisdiccional, puesto que las decisiones a las que denominamos “sentencias” ocupan un lugar trascendental en los estudios de la teoría general del proceso, y constituyen junto con la acción, y la jurisdicción el contenido de esta materia (López, 2005), no obstante la justificación constitucional de la sentencias de la corte constitucional obedece a su rol dentro del sistema de control de constitucionalidad concentrado.

El sistema concentrado, llamado europeo, o kelseniano, toda vez que se le atribuye a Hans kelsen su invención, es aquel sistema mediante el cual se estructura un órgano encargado de velar por la protección de los mandatos constitucionales, y que en merito de dicha finalidad es el único capaz de conocer de las controversias presentadas entre la ley, y la Constitución, además de declarar la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por contradecir los mandatos constitucionales. En cuanto a la naturaleza del órgano encargado de defender la Constitución, Kelsen en un principio consideró que este órgano debería ser independiente de las demás ramas del poder público, para evitar que estas se inmiscuyan, y mantener al colegiado libre de corrientes políticas que soslayaran el control constitucional; así pues en la doctrina “kelseniana” dicha corporación era un tribunal con funciones judiciales, que cumple la tarea de un legislador negativo, pues simplemente extrae normas del ordenamiento jurídico por considerarlas inconstitucionales, sin llegar a crearlas.

Este control de constitucionalidad concentrado se encuentra fuertemente vigente en varios Estados en los que cabe mencionar Hungría (1990), Polonia (1986), así como Rusia

(1991/93; 1995), Chipre (1960), Turquía (1962), Malta (1964), Italia (1957), luego España (1980) y Portugal (1983).

El sistema concentrado, por lo tanto o se configura en donde se crea un tribunal especializado, y generalmente concentrado; o en su defecto, una sala especializada del tribunal superior de justicia, para que conozca ya sea por medio de acción de inexecutable o de forma automática de las contradicciones legislativas y constitucionales. En el sistema de control concentrado, es donde se lleva a cabo el control en abstracto, pues la forma de mantener la supremacía constitucional es por medio de un cotejo o juicio relacional de normas, que bien puede ser entre una norma legal y un principio constitucional centrándose en su contenido objetivo, sin atender a su proyección a un caso concreto. Esta actividad judicial representa el presupuesto último del control concentrado.

Es conveniente indicar que nuestro tribunal constitucional es decir la corte constitucional de Colombia, emite, por regla general dos tipos de sentencias, las sentencias de constitucionalidad, que son en estricto sentido las que materializan el control concentrado de constitucionalidad, y por otro lado los fallos con ocasión de la revisión de de tutela, reglamentada cada una en el artículo 241 de la C.P.

1.1. Las sentencias de control de constitucionalidad

La corte constitucional es la entidad encargada de analizar la compatibilidad entre las leyes y la constitución política, dicha función propia del sistema concentrado-abstracto se materializa por medio de una sentencia constitucional, y se complementa con el sistema de control de constitucionalidad difuso-concreto, también presente en el ordenamiento jurídico colombiano por virtud del artículo 4 de la C.P. Por otro lado las sentencias de la Corte Constitucional en control de constitucionalidad presente particularidades que vale la pena reseñar, pues son

incondicionales es para valorar sus características y alcances dentro del ordenamiento jurídico.

Aun cuando es ampliamente aceptado en la modernidad que la función de los tribunales constitucionales no se cataloga como una comparación de disposiciones normativas reglada, ni mucho menos a legislar de forma negativa. El matiz jurisdiccional de sus pronunciamientos se mantiene, y la óptica procesal de administrar el control de constitucionalidad, aun cuando este es diametralmente distinto a cualquier otra actividad jurisdiccional.

La cuestión no resulta baladí, el juez constitucional en control abstracto debe realizar una comparación de dos normas que difieren en su naturaleza, jerarquía, e interpretación, y esto, proyectándose únicamente en el papel, y tomar una decisión que conllevara a expulsar una norma del ordenamiento jurídico. Este examen presenta condiciones claramente problemáticas, para fijar consecuencias procesales definitivas, como ocurre con la cosa juzgada, pues reiterando, el examen constitucional en abstracto es difícilmente exacto, definitivo, o sencillo. Y su naturaleza tan particular que la doctrina más radical incluso apunta, a que las decisiones del tribunal constitucional ni si quiera son sentencias (Figuroa, 2001) así pues se presentarían tres atributos del examen de constitucionalidad antagónicos con la naturaleza de la cosa juzgada, en la relación “sentencia-efectos” con una consideración desde la óptica de la jurisprudencia constitucional colombiana.

1.1.1. Carencia de material factico

En el examen de constitucionalidad en abstracto el cotejo de la regla jurídica inserta en la ley y el principio constitucional, es efectuado en un plano ideal sin proyecciones concretas, esto desemboca en que dicha actividad de comparación normativa, no considerara hechos, pues no existen en la dinámica del examen de constitucionalidad, exceptuando los exámenes que recaen por vicios de forma o de competencia en la creación de las leyes. Esta ausencia de

acontecimientos reales, difiere claramente de la decisión judicial común, en donde el operador de derecho utiliza el material factico, para subsumirlo en el presupuesto de hecho de la norma correspondiente para declarar sus efectos jurídicos. Esto convierte al examen de constitucionalidad en una tarea mucho más complicada pues no se encasilla en la clásica figura del silogismo, ni recibe límites a su actividad interpretativa por parte de un caso concreto.

Otro aspecto bastante radical es que la ausencia de “realidad” solo deja normas, y estas como actos lingüísticos susceptibles de contener algún significado, no tendrán en apariencia una construcción empírica, sino únicamente una construcción conceptual abstracta, o por lo menos bajo el examen de constitucionalidad, sin embargo resultaría absurdo afirmar que los conceptos jurídicos debatidos en un examen de constitucionalidad se desarrollan en los términos Kantianos en simples juicios analíticos, ya que la misma esencia del derecho constitucional exige su construcción por medio de juicios sintéticos.

En la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana, esta condición del examen de constitucionalidad es claramente conocida, la corte se ha manifestado sobre este punto al respecto:

“Es, entonces, el juicio de constitucionalidad un análisis comparativo, un estudio relacional entre normas jurídicas generales, abstractas y obligatorias. Por la naturaleza rogada de la acción pública con la que se pretende realizar el juicio de constitucionalidad de la ley y por la dinámica misma del control de constitucionalidad abstracto, el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991” Ver sentencia Sentencia C-1084 De 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

Es entonces completamente asimétrico el examen de constitucionalidad con el juicio de subsunción propio de la jurisdicción ordinaria pues el cotejo de normas como muy bien lo señala la corte es abstracto (Sentencia C-569 De 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes), es decir

netamente teórico e impersonal en donde se logre hacer un estudio comparativo de las disposiciones jurídicas, a diferencia de subsumir los hechos en determinada norma se analiza la estructura, el sentido y en ciertos casos la proposición normativa para determinar la relación de los contenidos legislativos y los contenidos constitucionales.

Bajo este aspecto se evidencia la carencia de hecho o fundamentos de hecho para el establecimiento de la acción pública de inconstitucionalidad y para su posterior estudio y resolución pues como lo establece el Art 2 del decreto 2067 de 1991 “código procesal constitucional” los Requisitos para la presentación de la demanda son, (i) la norma que se acusa. (ii) las disposiciones constitucionales que se consideran infringidas. (iii) las razones en que se fundamenta el reproche de constitucionalidad. (iv) las razones de por qué la corte es competente.

Nótese en (iii) como un requisito indispensable para la prosperidad de la acción y base fundamental para llevar a cabo un examen de inconstitucionalidad y posterior resolución pues al ser el cotejo abstracto el problema jurídico planteado al tribunal no subyace en los hechos pues esta adolece de ellos y por lo tanto emergen de la carga argumentativa del accionante, esta posición ha sido ratificada por la Corte Constitucional en Sentencia C-357 De 1997 MP. Jose Gregorio Hernandez Galindo, en la que menciona:

“La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo que busca el cotejo, por la autoridad judicial competente -en Colombia, la Corte Constitucional- entre el precepto legal demandado y los mandatos constitucionales. El análisis que efectúa la Corte debe darse en abstracto, teniendo en cuenta el contenido objetivo de la disposición examinada, y en ningún caso la aplicación concreta que ella tenga, menos todavía cuando la impugnación parte de suposiciones o hipótesis que no se sabe si irán a cristalizarse en hechos. Los cargos que se formulen por un ciudadano contra una norma integrante del orden jurídico, para pedir a esta Corte que la declare inconstitucional, no pueden fundarse, entonces, en sus desarrollos específicos, ni referirse a su ejecución práctica o a los abusos que puedan cometerse por los operadores jurídicos en casos concretos. Puesto que el juicio de constitucionalidad implica la confrontación en abstracto entre el contenido de la disposición acusada y la preceptiva fundamental”

Bajo estos parámetros resulta ineludible que la carencia de hechos en las demandas de inconstitucionalidad no son accidentales u ocasionales sino por el contrario es nota esencial del carácter abstracto del control de constitucionalidad, pues aun cuando se asimile a la promulgación de la ley como el hecho fundante de la acción, está en particular no es la causa o razón para el establecimiento de la acción pues la impugnación se dirige al contenido de la norma y excepcionalmente por vicios de forma a la promulgación de esta. *“Lo anterior quiere decir que el objeto sobre el que recae el control es la ley y no los casos concretos de aplicación de la misma”* (Sentencia C-928 Del 2007 MP Humberto Antonio Sierra Porto).

En conclusión la carencia de facto parece evidente, pero no pasa lo mismo con sus consecuencias, al reparar en la ausencia de esta columna esencial en la decisión judicial (un acontecimiento en el espacio-tiempo inmodificable), las normas jurídicas deben edificar una decisión fundada, estable y definitiva, aun cuando estas como simples hipótesis o especulaciones, en ocasiones alejadas de las problemáticas sociales, son completamente dinámicas, ya sea por su interpretación, por el colegiado encargado de hacer la interpretación, por la teoría interpretativa, por la expedición de otras normas o por su situación de validez en el ordenamiento jurídico (derogación, abrogación, reforma). Conducen evidentemente a una relativización de los juicios que contra ellas se formule. Aspecto claramente disonante con la inmutabilidad e indiscutibilidad que la cosa juzgada agrega a las decisiones de constitucionalidad.

1.2. Efectos jurídicos Erga omnes y cosa juzgada constitucional

Del hecho de que las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad recaigan sobre los textos de la ley se desprende lógicamente que sus efectos son de obligatorio cumplimiento, no solo para los ciudadanos que se someten a la

jurisdicción constitucional, sino que también, para las diferentes entidades del Estado, en virtud de la clausula del Estado social de Derecho inscrita en el artículo 1 de la C.P.

Resulta conveniente indicar que la Constitución política de 1991 otorgo el efecto de la cosa juzgada constitucional a las sentencias de la Corte Constitucional, en su artículo 243. Este atributo de la sentencia constitucional, conlleva a predicar que sus contenidos tienen fuerza obligatoria, es decir deben ser acatados. Desde un punto de vista analítico, la fuerza obligatoria de la sentencias de constitucionalidad se puede apreciar desde dos perspectivas distintas, desde su *cumplimiento* que hace referencia a que los ciudadanos, así como las diferentes autoridades públicas deben obedecer las decisiones enmarcadas dentro de los fallos, y respecto a su *aplicación* (García, 2000) que hace referencia a la que se adecuen las normas legales a los parámetros constitucionales, y a la posibilidad implícita que hacer valer las decisiones de la Corte constitucional.

El tema de la fuerza vinculante, es decir de la obligatoriedad que se predica de las sentencias emitidas por la Corte constitucional, no ha sido un tema olvidado en la jurisprudencia constitucional, puesto que en cierto sentido, el peso jurídico de las decisiones determina también el cumplimiento de los fines, y el funcionamiento adecuado de los cuerpos jurisdiccionales.

Desde muy temprana jurisprudencia, la Corte constitucional enfatizo en que sus fallos tienen fuerza vinculante, así en Sentencia C-131 de 1993, en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, la corte preciso que sus sentencias son de obligatorio cumplimiento, con carácter *erga omnes*, es decir oponibles a todas las personas, y que la cosa juzgada material obliga de igual modo, a que los operadores judiciales deben obedecer los fallos de constitucionalidad, independiente de su determinación de exequibilidad o inexecuibilidad.

Partiendo de la institución de la cosa juzgada constitucional, que no puede entenderse en el mismo sentido de la cosa juzgada del derecho común, las sentencias adquieren una serie de atributos jurídicos, que hacen que las decisiones no resulten inocuas, al respecto la Corte se refirió en el tema en Sentencia C-739 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galviz:

“Cosa juzgada constitucional opera con plenos efectos, en el ámbito propio de la constitucionalidad abstracta y con efectos limitados en los asuntos sometidos al conocimiento de los jueces civiles y administrativos, los que, sin dejar de lado una decisión de constitucionalidad, deben sopesar su aplicación en el asunto que resuelven, porque en éstos puede acontecer que una sujeción inmediata y no valorada a la cosa juzgada y la doctrina constitucional, conduzca a quebrantar el postulado constitucional de la justicia. Vale recordar que el control abstracto de constitucionalidad no concluye en sí mismo, sino que, como todas las normas constitucionales, propende, en último término, por hacer realidad los derechos y libertades de toda la población con el objeto de alcanzar un orden social justo”.

Este matiz de la cosa juzgada constitucional representa una serie de variantes que devienen del carácter relativo del pronunciamiento constitucional, en justificación a que en muchas ocasiones las decisiones que profiere el alto tribunal constitucional, no pueden ser absolutamente inmutables, puesto que esto pondría en riesgo derechos, principios y valores enmarcados en la constitución política, y podría desdibujar la teleología del control de constitucionalidad en abstracto. Además de dejar cierta relatividad en la institución de la cosa juzgada, la corte constitucional ha creado una clasificación prolifera de las modalidades que se admiten en la cosa juzgada constitucional, en virtud de concebirla como una herramienta moldeable, pero obligatoria de los efectos de sus sentencias.

En el sentido explicado, es conveniente indicar que la capacidad jurídica de la Corte constitucional de poder modular los efectos de sus fallos, es en últimas la razón por la cual la institución de la cosa juzgada constitucional adquiere muchas formas, en el entendido de que el tribunal, en principio puede optar por cualquier modalidad de cosa juzgada para sus sentencias, siempre que considere que de otra forma pondrían en riesgo garantías individuales

y el orden constitucional. Esta afirmación se sustenta con el principio de supremacía constitucional, y con varios estudios históricos, que dan cuenta de la dificultad técnica de juzgar las leyes en vigencia dentro de una sociedad, en donde se tengan en cuenta los efectos colaterales de una declaratoria de inexecutable, al respecto la corte ha precisado lo siguiente, en Sentencia C-619 de 201. MP Humberto Antonio Sierra Porto:

“Para ello es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional puede adoptar en general dos clases de sentencias: las que declaran la executable o inexecutable pura y simple de las normas sometidas a control, y las que declaran la executable o inexecutable modulada de las mismas. Dentro de este último grupo hay, empero, a su vez dos grandes clases: las sentencias modulativas en cuanto al contenido de las disposiciones controladas, y las sentencias modulativas en cuanto a los efectos en el tiempo de las decisiones. En la primera, en la de las providencias modulativas del contenido, también hay una distinción posible, y es entre las sentencias interpretativas, integradoras y sustitutivas”.

La declaratoria de inexecutable o executable parecen ser las herramientas más simples y usadas en las sentencias de constitucionalidad, pero no por ello son las únicas, puesto que como se ha observado la labor del juez constitucional e circunscribe a una complejidad fundamentada en el valor axiológico de la constitución y de los derroteros del Estado social de Derecho (Sánchez, 2010). Sin lugar a dudas el abanico de posibilidades de modulación supera el objetivo de esta exposición, por eso es importante resaltar una última diferencia, que se hace fundamental, con el fin de vislumbrar la incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la contratación estatal, esto es, a que partes de las sentencias de constitucionalidad se les atribuye la cosa juzgada constitucional, puesto que identificar que partes de las sentencias ostentan un carácter obligatorio, y de fuerza vinculante para las autoridades públicas supone conocer los alcances de los fallos de constitucionalidad en su verdadera dimensión práctica

Por otro lado la distinción de conocer que partes de una sentencias hacen transito a cosa juzgada constitucional ha permitido edificar toda una teoría del precedente

constitucional en nuestro país, desembocando en una disciplina jurisprudencia mas rígida, y por ello más segura en la aplicación uniforme del derecho. Desde la mentada Sentencia C-131 de 1993 la Corte se expreso de la siguiente forma:

“La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Unicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política. La palabra "obligatorio" del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se opone a los artículos 241 y 230 de la Constitución”.

La cosa juzgada constitucional se encuentra revestida de diversas modulaciones, toda vez que se presentan situaciones en las cuales una norma declarada inconstitucional es nuevamente demandada, pero los fundamentos invocados son diferentes a los examinados en el primer fallo; por otro lado se puede presentar que al declarar inconstitucional una norma se tome como sustento un solo asunto; de igual forma, suele suceder que en una sentencia se analice parte del texto constitucional y no todo; y finalmente puede ocurrir que se introduzcan variaciones en la identidad material del texto.

No obstante, la singularidad de la cosa juzgada constitucional, se encuentra en su razón de ser, es decir la protección y supremacía del texto constitucional, pues como señala Hernandez: “la constitución es un orden abierto de reglas y principios, un marco de

posibilidades, un cauce por el cual discurre el proceso político democrático, que pretende encauzarlo de manera duradera a pesar del carácter cambiante de la realidad subyacente y de las demandas sociales” (2013, p.307), por lo cual las sentencias proferidas por la corte constitucional no pueden poseer una rigidez ni producir un efecto inmodificable pues esta debe adaptarse a las dinámicas constitucionales, es decir, la Corte puede eventualmente pronunciarse sobre normas declaradas exequibles con anterioridad, cuando vea la necesidad de replantear la interpretación constitucional y de este modo adaptarlas a las necesidades sociales.

La teoría del precedente judicial

El valor del imperio de la ley y su sometimiento frente al operador judicial. La Corte, frente a la expresión “*imperio de la ley*”, a la cual están sometidos los operadores judiciales, se debe entender bajo la égida de dos garantías fundamentales, de la cual manifestó en los siguientes términos:

“En esta sentencia la Corte afirmó que la función creadora del juez mediante su jurisprudencia se lleva a cabo a través de la construcción y ponderación de principios de derecho, que informan el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, y que es allí precisamente donde radica la importancia de la tarea del juez y del precedente judicial.” (Corte Constitucional, 2001).

Luego, la dinámica de fuerza vinculante del precedente doctrinal probable, adquiere fuerza para el operador judicial, dictada por la Corte Suprema de Justicia; la Corte encontró que esta proviene de:

“La autoridad constitucional que le es otorgada y su función de unificador de la jurisprudencia ordinaria; (b) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad de trato frente a la ley y de trato por parte de las autoridades; (c) del principio de buena fe; y (d) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretenda regular.” (Ribera Santibáñez, 2006).

En este último aspecto, la Corte evidenció que tres decisiones, hoy cinco decisiones conforme la ley 1149 y 1437, sobre un mismo punto de derecho; pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces sobre el alcance interpretativo de la ley, pero no puede ser óbice para desconocer las interpretaciones que hace la Corte Suprema de Justicia.

En referencia con la discrecionalidad, no es lo mismo que el concepto de autonomía judicial, la cual debe necesariamente ejercerse en presencia y prioridad con los principios y derechos de la Carta, y la igualdad. Una actuación contraria del funcionario judicial, manifestando en sus fallos la presunta autonomía judicial, sería arbitraria y se encontraría en clara contravía de la Carta Política.

Resaltó la Corte Constitucional, al pronunciarse frente a la seguridad jurídica, y se pronunció en diferentes fallos:

“Que la certeza que puedan tener los ciudadanos y la comunidad jurídica acerca de las decisiones similares de las autoridades es una garantía basada en el principio de seguridad jurídica, ya que la previsibilidad de la interpretación y aplicación de la ley en las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones, certeza que tiene un valor indiscutible para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas, razón por la cual se excluye la posibilidad de cambios arbitrarios de la jurisprudencia. Por el contrario, la falta de seguridad jurídica conduce a la anarquía y al desorden social, razón por la cual tampoco puede aceptarse la facultad omnímoda de los jueces para interpretar la ley, sino que estas decisiones deben considerar la doctrina de la Corte Suprema.” (Pinilla Campos, 2012).

Así mismo, en la sentencia reseñada se insistió en que. “desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica también está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta máxima se aplica en general para toda la actividad del Estado, y con mayor razón de la actividad judicial”.

Además de lo anterior, el efecto y su vinculariedad a los jueces inferiores, en relación de las decisiones de la Corte Suprema frente a los jueces verticales inferiores, la misma manifiesta que está desarrollado en el art.1; este manifiesta que existe una unidad en el ordenamiento judicial.

Además, adiciona que la unificación de la jurisprudencia, produce unidad al ordenamiento jurídico, tanto en la jurisdicción ordinaria, en la contencioso administrativa y en la constitucional.

1.5 El valor de la uniformidad de la jurisprudencia y el control de constitucional

Corte estableció que la parte del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces de conformidad con el artículo 230 C.P., enumeró los múltiples fines constitucionales que cumple la uniformidad de la jurisprudencia, entre los cuales manifestó: “(a) los derechos y la justicia material, (b) la confianza, credibilidad y buena fe, (c) la unificación de la interpretación razonable y la disminución de la arbitrariedad, (d) la estabilidad y seguridad jurídica, entre otros” (Corte Constitucional, 2033).

Al respecto, debe existir la necesidad que la jurisprudencia colombiana se adapte a las realidades sociales, jurídicas, económicas, políticas nacionales e internacionales; no se puede llegar a una forma sólida de petrificación del derecho viviente y constante frente a permanentes cambios en un Estado Social de Derecho y frente a formas flexibles y cambios sociales de la sociedad en general.

La Corte ha sostenido que: “Sobre el cambio de jurisprudencia se aceptó la posibilidad de variar el precedente judicial para evitar la petrificación y corregir eventuales errores o

equivocaciones, o dar una interpretación más progresiva o garantista de los valores y derechos constitucionales, o adecuar a las cambiantes necesidades socio-jurídicas”. (Corte Constitucional 2009 y 2001).

La fuerza vinculante del precedente como fuente de derecho “Ahora bien, sobre el tema relativo a la fuerza vinculante del precedente judicial” (Corte Constitucional 1993, 1995, 1996, 2000, 2001 y 2008)), como fuente de derecho, la Corte Constitucional ha desarrollado un amplio precedente y doctrina constitucional de importancia; así mismo, se ha planteado diversos problemas sociales y jurídicos sobre el grado de vinculatoriedad que le corresponde a la jurisprudencia de las Altas Cortes, y a la jurisprudencia constitucional en el marco de su disciplina jurisprudencial, que se ha venido implantando en diferentes fallos reiterados de la Constitución de 1991.

La Corte y su interprete ha venido determinando un precedente de derechos y principios de rangos fundamentales como columna vertebral de La Constitución. Ahora se define como primacía la Constitución y sus derechos fundamentales, y la prevalencia del derecho sustancial.

Al hacer referencia a los ciudadanos, administración y los operadores judiciales sobre el concepto del precedente judicial, y catalogarlo como fuente de derecho, donde es de resorte obligatorio a las autoridades públicas de carácter judicial, ha hecho de la fuerza vinculante del precedente judicial, la obligación de las autoridades, en general, y de las administrativas, en particular, de aplicar las leyes y normas de que resultan relevantes.

Los efectos de la jurisprudencia En la sentencia C-104 de 1993 (Corte Constitucional, 1993), la Corte afirmó que la diferencia entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la constitucional se da en los siguientes estadios:

“(i) las sentencias de la Corte Constitucional, como las del Consejo de Estado (C.E) que declaren o nieguen una nulidad art. 175 del código contencioso administrativo,

tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes; de manera que, (ii) la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio¹, constituyendo solo un criterio auxiliar, art. 230 superior, mientras que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP- de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.” (Corte Constitucional, 2001).

Efectos de los fallos de la Corte Constitucional en asuntos constitucionales

La Corte Constitucional, debido a diferentes posiciones del legislativo y ejecutivo frente a los efectos de sus fallos, sus limitantes que el legislador positivo pretendía, y el Congreso, sobre las diferentes posiciones de legislados, y conforme al inmenso debate, se produce la sentencia CCons, C-113 de 1993, la Corte estudió el artículo 21 del decreto 2067 de 1991, que regula los efectos de los fallos de la Corte en asuntos de constitucionalidad, para concluir que:

“ (i) las decisiones en firme de la corte son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades, además de las decisiones que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad; (ii) en relación con el inciso segundo que fijaba los efectos de las decisiones de la Corte en cuanto determinaba que éstas sólo podían tener efectos hacia el futuro, salvo en tres materias: penal, policiva y disciplinaria, para garantizar el principio de favorabilidad, la corte afirmó que sólo esta corporación, con fundamento en la Constitución, puede en la misma sentencia, señalar los efectos de sus sentencias, máxime cuando se trata de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad. Esto encuentra fundamento en el claro mandato superior del artículo 241 C.P. a esta Corporación de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", en cuyo desarrollo la Corte debe fijar los efectos de sus sentencias”. (Pinilla Campos, 2012).

Diferencias entre la jurisprudencia ordinaria de los tribunales y la jurisprudencia constitucional En la sentencia CCons, C-131 de 1993, la corte constitucional señaló que la doctrina constitucional expedida por la misma “*será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia*”. (Corte Constitucional, 1993).

Mediante este pronunciamiento, entra a definir y ordenar un proceso de disciplina a todas las autoridades, donde se debe reconocer que la Constitución es norma de normas (art. 4

Superior), de manera que toda norma que expida el país por sus legisladores deben someterse a la norma de normas o Constitución, que es *norma normarum*.

Respecto a que es una fuente del derecho las cuales pueden ser formales o materiales., se refirió al contenido del artículo 230 C.P., donde se desprende que las fuentes están constitucionalmente clasificadas en dos grupos, siendo estos de diferente jerarquía constitucional y legal:

“(i) Una fuente obligatoria: el "imperio de la ley" (inciso 1°), y (ii) las fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (inciso 2°). Aclaró la Corte en esa oportunidad que por "imperio de la ley" debe entenderse”.

“ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal la expedida por el órgano legislativo. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP-“. (Corte Constitucional, 2011).

La Corte precisó que el artículo 243 C.P. implica tanto que las sentencias de constitucionalidad de la Corte producen los siguientes efectos:

“(i) Tienen efectos erga omnes y no simplemente inter partes, (ii) obligan por regla general para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto, (iii) tienen certeza y seguridad jurídica, en cuanto no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos, y los fallos de constitucionalidad no pueden ser nuevamente objeto de controversia; y (iv) a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional art. 243 CP. En este sentido concluyó que “Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional”. (Corte Constitucional, 2011).

2.4. Corte Constitucional son fuente obligatoria art. 230 inciso 1° C.P. o un criterio auxiliar art. 230 inciso 2°

La Corte en la sentencia CCons, C-104 de 1993, entró a diferenciar entre la jurisprudencia de tribunales y la jurisprudencia constitucional, plantea la pregunta problema ante las demás cortes, al decir: *Corte Constitucional son fuente obligatoria art. 230 incisos 1° C.P. o un criterio auxiliar art. 230 inciso 2°*. En punto a este tema sostuvo la Corte:

“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243

superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”. (Corte Constitucional, 1993 y 2011a).

Las sentencias de constitucionalidad tienen la fuerza de cosa juzgada sobre el tema, hay que entrar a diferenciar dos fuentes diferentes, el fallo y la parte resolutive, ambas gozan de cosa juzgada explícita, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución; en referencia a la cosa juzgada implícita son aquellas donde la parte de la sentencia que motiva la decisión de fondo guarda unidad y relación directa con la decisión, los cuales la corte en reiterados pronunciamientos a definido que las mismas son también de efectos obligatorio para las autoridades judiciales, además procede a corregir la jurisprudencia.

El debate está centrado entre las cortes frente a su obligatoriedad de cumplimiento en la parte motiva; las anteriores cortes justifican al decir que las mismas se someten a la decisión resolutive y no motiva; luego, frente al mismo, la Corte ha manifestado que al separarse de la razón de la motivación, y si este no justifica los motivos de fondo, estarían en los linderos de los efectos del prevaricato por acción, y los actores pueden acudir a la vía de procedibilidad (acción de hecho) para que se le garantice el precedente de acción de obligatoriedad, tanto en su parte resolutive como motiva (también llamado *Ratio decidendi*).

Desconocer las decisiones y su obligatoriedad de sus fallos en su parte resolutive o motiva y sus sentencias de efectos de cosa juzgada, sería como entrar a la misma Corte Constitucional y se interprete, en el sentido que esta es la suprema guardiana de la Constitución.

Su desconocimiento por las autoridades judiciales atentaría contra la seguridad jurídica, como lo afirma el artículo 4° superior; así mismo, la misma Corte afirmó: “sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias. (...)”, razón por la cual entró a definir de fondo que la norma no podía regular sin violar la

Constitución los efectos de los fallos de esta Corporación, cuya determinación le compete exclusivamente a la Corte Constitucional, tal como se encuentra de manera expresa en la misma Constitución, en el artículo 241 superior.

“La sentencia CCons, C-083 de 1995, la Corte declaró exequible el artículo 8° de la Ley 153 de 1887”², norma preconstitucional respecto de la cual se trataba de dilucidar si había operado el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviviente.

En esta oportunidad la Corte entro a definir frente a las lagunas de jurisprudencia constitucional, así:

“(i) Consideró que en el derecho no hay lagunas, por cuanto existiendo jueces existe también la posibilidad de una valoración jurídica para cada conducta en concreto; (ii) analizó la jurisprudencia constitucional a partir de los conceptos de analogía, doctrina constitucional y reglas generales del derecho, y distinguió entre la función interpretativa e integradora de la doctrina.” (Corte Constitucional, 1985).

Con base en lo anterior, la Corte concluyó que el artículo 8 de la ley 153 de 1887, se encontraba ajustado al art. 230 de la Constitución; lo anterior, al referir a las normas constitucionales como fundamento inmediato de la sentencia, y a la jurisprudencia constitucional, produciendo efectos de seguridad jurídica y garante del principio de igualdad; luego, el efecto debe entenderse en el sentido de ser integradora del derecho. Hay que entenderse que nunca ha existido o existirá el choque de trenes; por el contrario, la Constitución produce efectos integradores; así, el art. 230 C.P., integra mandato que el juez está sometido a la Constitución, norma de normas, y al imperio de la ley, por lo que el efecto debe entenderse como integrador.

² Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen los casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

Las sentencias en los términos del artículo 241, tienen efectos hacia el futuro a menos que “resuelva lo contrario”.

Respecto de los efectos y alcances de las sentencias de la Corte Constitucional, esta corporación reiteró los criterios fijados en la sentencia CCons, C-131 de 1993, en cuanto a:

“Cosa juzgada constitucional y sus características como a) tener efectos erga omnes y no solo inter partes, b) su obligatoriedad para todos los casos futuros e imposibilidad de volver a juzgar por los mismos motivos, c) la vinculatoriedad de las decisiones para todos los operadores jurídicos, y d) la obligatoriedad de la parte resolutive y de la parte motiva que tenga relación directa con la decisión.” (Corte Constitucional, 1993).

“En relación con el tema de la doctrina constitucional, en este fallo se reiteró lo ya expuesto por la sentencia CCons, C-083 de 1995, razón por la cual se declaró la exequibilidad de la norma por cuanto (i) solo es de obligatorio cumplimiento la parte resolutive de las sentencias de la Corte, y (ii) la parte motiva constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general, y solo tendrán fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”. (Corte Constitucional, 1993).

Acerca de la obligatoriedad a los jueces y su vinculatoriedad de control concreto, la Corte precisó que:

“(i) Si bien estas decisiones solo tienen efectos para las partes en los procesos en concreto, (ii) la doctrina constitucional que fija el contenido y alcance de los derechos constitucionales, trasciende las situaciones concretas y constituyen pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución, (iii) en razón de que debe existir un equilibrio y armonización entre los principios de independencia judicial y de igualdad en la aplicación del derecho”. (Corte Constitucional, 2011b).

En lo correspondiente al numeral tercero, la función unificadora de la doctrina es el eje central de la igualdad en los casos y sobre los fundamentos fácticos. La fuerza vinculante del precedente de cierre, a mera conclusión de este capítulo de la vinculatoriedad del precedente constitucional en Colombia, sus efectos y consecuencias ante los ciudadanos, administración y los operados judiciales verticales y horizontales, esta misma corporación ha reiterado en conclusión lo siguiente:

“(i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo; y (iii) las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”. (Corte Constitucional, 2006).

“Así mismo, la Corte ha aceptado que el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte puede conllevar, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción.” (Corte Constitucional, 2008).

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera sistemática, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal), y que cuando se apartan del precedente horizontal o vertical deben ofrecer un argumento suficiente que justifique el cambio, asegure la igualdad y conjure la arbitrariedad. (Corte Constitucional, 2004).

Por tanto, esta Corte ha precisado.

“El precedente constitucional es vinculante y que su desconocimiento por parte de los servidores públicos tanto administrativos como judiciales, da lugar a (i) la interposición de acciones judiciales, como la tutela, y (ii) da lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al configurarse dicho desconocimiento como una vía de hecho judicial.” (Corte Constitucional, 2008).

La dinámica del precedente frente la *ratio decidendi* y *obiter dicta* *Obiter dictum* (o en plural, *obiter dicta*) hace referencia a una expresión latina que en el castellano significa "*dicho de paso*". Este término expuesto en la parte de fundamentos de las consideraciones del fallo judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

El propio juez es quien opina acerca de un tema en concreto, y es esta opinión la que más tarde se puede tomar como válida para el uso en un juicio, pero nunca tendrá valor de ley.

El *obiter* no quiere decir que no tiene valor; por el contrario, el valor que presenta es amplio en lo académico, las referencias, filosofía y los referentes; lo importante es entender que no integra la parte de la decisión judicial, pero es un complemento general del fallo.

Ratio decidendi es una expresión latina que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte de los considerandos de la sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

En el *Common Law*, es decir, en el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* tiene gran importancia, pues al revés del *obiter dictum*, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obligan a los operadores judiciales cuando deben resolver casos análogos (principio de *stare decisis*). Se encuentra al final de las sentencias.

Teoría de huevo de la *ratio*, *obiter dictum* y *stare decisis* Entrar a diferencias y entender estos conceptos de la *ratio*, *obiter dictum* y *stare decisis*, han sido confusos; sin embargo, se considera, de manera pedagógica y elemental, traer como ejemplo interpretativo el siguiente simbolismo.

La teoría del huevo, para diferenciar la sentencia, *ratio*, *obiter* y decisión. Cuando se pretende leer una sentencia de constitucionalidad y no se separa e identifica detalladamente los apartes integrantes de la misma; es como pretender en un huevo crudo separar, sin contaminarse, la cáscara, la clara con la yema. Si se lee una sentencia detalladamente y juiciosamente como jurista, se pretenderá en sus conclusiones, lograr la independización y entendimiento razonado en sus contenidos fácticos, jurídicos y argumentativos.

Si se confrontan estos efectos con la teoría del huevo, se llega a entender de manera simbólica, lo siguiente: i) la sentencia en su conjunto completo es comparable con la cáscara del huevo; luego esta se puede retirar por pedazos; la sentencia se lee de diferentes maneras, sin requerir un entendimiento en conjunto; lo más sencillo es cuando se tiene un fallo escrito, lo primero que leemos es la parte resolutive, y se deja lo demás para luego analizarlo; ii) la clara cocinada del huevo, se puede separar en su conjunto y retirarla, es pieza importante del huevo, se le puede llamar dichos de paso: "*obiter dictum*"; no se puede proceder a descartarlos como materiales no importantes para el juez que está conociendo el precedente. En efecto, en muchos casos sirve como fundamento académico que puede ser utilizado para otros casos de otros operadores judiciales. No quiere decir que no tiene valor; por el contrario, el valor que presta es amplio en lo académico, pero es un complemento general del fallo; es como decir que el huevo puede dar vida sin la clara, siendo esta parte vital del alimento del nuevo ser viviente; iii) la yema, si está bien cocinada, es fácil retirarla y separarla de la clara y la cascara; se dice que es el alimento final del mismo, o sea, la "*ratio*

decidendi”, "razón para decidir" o "razón de dar vida”. Hace referencia a aquellos argumentos planteados en la sentencia.

Sin embargo, falta algo importante. Para dar vida, el huevo necesita de todo en conjunto: la clara, la yema y ser fecundado para dar nacimiento a un ser viviente. La yema tiene un núcleo que permite nacer; este núcleo fue fecundado en su conjunto y está inmerso dentro de la misma yema. No se puede separar o independizar, así se desee, por ser un acto naturalmente imposible, o sea, pretender independizar la *ratio* de la decisión.

Si se observa, las dos están inmersas e inseparable, yema y núcleo del huevo; *ratio*, razón de la decisión y la decisión en firme; la primera produce precedente *erga omnes*, y la segunda produce efectos de decisión, y depende de su tipología se aplica.

3.2 Resulta vinculante la *ratio decidendi* y subsidiariamente el *obiter dicta* como regla o sub regla del derecho

“La *ratio decidendi* de un caso determinado sobre temas fácticos y fundamentos de derecho, por supuesto, no es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia, Frente a este proceso que en ocasiones no es fácil de aplicar y extraer de los fallos, considera la corte que este “*Ratio Decidendi* no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión.

Con todo, los *obiter dicta* o “dichos de paso”, no necesariamente deben ser descartados como materiales no importantes para el juez que está conociendo el precedente. En efecto, en muchos casos sirve como fundamento académico que puede ser utilizado para casos futuros en preceptos relevantes.” (Corte Constitucional, 2008).

Estos conceptos sirven de fundamento para su aplicación en casos similares; no es necesario que sean iguales, lo importante son los conceptos en lo fáctico y así su aplicabilidad respetando el principio de la igualdad y creando confianza jurídica y seguridad jurídica, y credibilidad en la administración de justicia.

En línea con lo expuesto, es pertinente indicar que C.Cons, T-1317 de 2001, refiriéndose a la *ratio decidendi*, determinó.

“Sea lo primero advertir que el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias³, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente.” (Subrayado fuera del original). (Corte Constitucional, 1999, 2000 y 2001).

La dinámica del precedente en la constitución, Los efectos dinámicos del precedente y su obligatoriedad

La Constitución, así mismo su intérprete, en la sentencia CCons, C- 539 de 2011, desarrolla un profundo estudio del precedente y su dinámica de obligatoriedad. Hoy, con el pronunciamiento del legislador positivo, consagra expresamente en la ley el deber de las autoridades administrativas de acatar y aplicar el precedente judicial, tanto en la jurisdicción ordinaria y en el contencioso administrativa.

Así mismo busca dar aplicabilidad a la seguridad jurídica, especialmente en algunas materias neurálgicas que han producido gran congestión judicial a partir de las acciones judiciales; por ende, al precedente judicial de las Altas Cortes, en desarrollo de los siguientes conceptos de la Constitución, desarrolla el precedente así:

“Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; los fines esenciales del Estado art.2-; la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; el debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP-; el derecho a la igualdad –art.13 CP-; la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; la fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad -artículo 241 de la Carta Política-. En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Sala reitera igualmente, las reglas jurisprudenciales expuestas en detalle en la parte motiva y considerativa de esta

³ Por oposición a los principios.

sentencia, que han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, entre las más importantes las siguientes: (i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes; (ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales; (iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley; (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos; (v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las Altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P; (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces; (vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las Altas Cortes; (viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; (ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto; (x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas; (xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de

la ley. De manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.” (Corte Constitucional, 2011).

2. La contratación estatal en Colombia

Colombia es un estado social de derecho, y en virtud de esta clausula ontológica, debe propiciar condiciones de existencia y vida digna a sus habitantes, mediante la asistencia social, que estas no pueden procurarse por sí mismos. Esta postura del Estado constituye un punto de reparto equitativo de los recursos, bienes y servicios, dentro del contexto del capitalismo, y con un anhelo de justicia social, y de responsabilidad social.

Las formas en que el Estado lleva a cabo esta función social, propia de su ontología, puede ser de distinta índole, así por ejemplo puede ocurrir que lo haga mediante leyes, o cualquier otra forma de normatividad general, o mediante actos concretos de manifestación del Estado. De igual forma puede el Estado brindar la ejecución de proyectos, u obra de urgente necesidad,, pero de igual forma, muchas veces no podrá hacerlo directamente el, en esta particularidad, el fin Estatal se cumple, utilizando la figura del negocio jurídico, que trasplantada al campo de la administración, se denomina “contrato Estatal” (Yong, 2013).

La figura del contrato Estatal en Colombia, encuentra una regulación especial, exceptuando que puedan aplicarse normas de derecho civil y comercial, cuando la normatividad especial no regule una situación particular, desde el decreto 150 de 1976, pasando por el decreto ley 222 de 1983, hasta la ley 80 de 1993 nuestro país se a caracterizado por querer separar el régimen que gobierna los contratos Estatales, del derecho común, siguiendo una clara influencia francesa en este proceso de cambio. La ley 80 de 1993 supuso una evolución sustancial del decreto ley 222 de 1983, que se encontraba anacrónico frente a realidades nuevas, que exigían una contratación estatal mas flexible e integral,

fenómeno que se dio, entre otros, por la entrada de los particulares al mercado de los servicios públicos (Yong, 2013), e hicieron del decreto ley 222 de 1993 obsoleto.

La ley 80 de 1993 resulto la norma que ha instituido el estatuto general de la contratación pública, la vocación de universalidad de esta ley se ha visto truncada por la aparición de regímenes especiales que desnaturalizaron el carácter de norma general de la ley 80, por otro lado fenómenos como a apertura económica y la globalización (Suarez, 2014) hicieron que la ley 80 sufriera una serie reforma mediante la ley 1150 de 2007 que marco una finalidad de usar la contratación pública como herramienta de dinamización de la economía. La transparencia y la planeación adquirieron especial importancia en la ley 1150 de 2007, puesto que se pensó en el anacronismo técnico que imperaba en temas de contratación pública, y por ello la utilización de tecnologías y de procesos más precisos y rigurosos de planeación, en busca de evitar las contingencias en la ejecución del contrato fueron una bandera de la operatividad del nuevo régimen de contratación publica.

3. Incidencias de la jurisprudencia constitucional en la contratación Estatal

La contratación Estatal en Colombia es un medio para la consecución de los fines del estado social de derecho, y encuentra claras regulaciones legales sobre sus actores, sus procedimientos, etapas y desarrollos. Lo anterior es apenas una exigencia lógica del principio de legalidad, que asegura el cumplimiento de múltiples garantías constitucionales y permite una adecuada utilización de la contratación pública, excluyendo prácticas ajenas a la filosofía del Estado social de Derecho y la prevalencia del interés general.

Sin embargo, como se observo la jurisprudencia constitucional como precedente judicial dotado de fuerza vinculante, en función de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, y adecuar la legislación a los mandatos de la carta política; ha tenido claras incidencias sobre las normas legales que regulan la contratación pública en Colombia, bien delimitando su interpretación, creando subreglas jurisprudenciales, o resolviendo controversias legales. Esta incidencia resulta fundamental para llevar el régimen de la contratación Estatal a una constitucionalización de sus contenidos y a una verdadera garantía de derechos fundamentales, dentro de esta rama del derecho, que sin lugar a dudas cada vez se hace más necesaria y compleja en los Estados modernos.

En el mismo sentido, es conveniente señalar que las normas legales y reglamentarias que gobiernan el régimen de la contratación pública se encuentran delimitadas por los derechos constitucionales fundamentales, y por los principios constitucionales que gobiernan el debido proceso, y las actuaciones administrativas. Esta delimitación encuentra límites concretos de producción legislativa en la jurisprudencia constitucional, de forma que la incidencia del mentado precedente judicial, se presenta con anterioridad de la creación objetivas de normas de derecho; al respecto vale la pena señalar la Sentencia C-499 de 2015. MP, Mauricio Gonzales Cuervo, en la que fijaron estos límites de producción legislativa en la materia:

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

excepcionales, la clasificación de los contratos, los deberes y derechos de las partes, la competencia y la capacidad para contratar, los principios fundamentales, las nulidades, el control de la gestión contractual, la responsabilidad contractual, la liquidación del contrato, la solución de controversias, etc., dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a parámetros constitucionales”

Dentro de estos límites se tiene presente que el punto (iii) al que se refiere el alto tribunal constitucional, constituye una exigencia que busca un adecuado ejercicio de las funciones de los actores públicos y privados que participan en los distintos procesos de contratación, con el mantenimiento de unos límites constitucionales que no se vulneren, pero sin embargo con la operancia del principio de legalidad, con la finalidad de que los más minuciosos aspectos del proceso y procedimiento del régimen de contratación encuentren un marco una regulación adecuada. Bajo la misma premisa se entiende las incidencias de esta jurisprudencia constitucional se surte bajo la base de un principio de la contratación Estatal enmarcado en la constitución política, quiere esto decir que las incidencias del precedente constitucional se manifiestan en aspectos regulativos específicos, empero que siempre propenden por la aplicación adecuada de un principio constitucional de la contratación Estatal, no sobra advertir que dentro de los principios de la contratación Estatal podemos señalar no solo los plasmados en el artículo 23 de la ley 80 de 1993, sino que también incluyen los principios de la función administrativa, los principios generales del derecho, los principios que regulan la conducta de los servidores públicos, y los principios particulares del derecho administrativo (Yong, 2013).

Bajo el anterior enfoque resulta oportuno abordar los principios de la contratación Estatal en los que la jurisprudencia constitucional ha tenido incidencia directa respecto a la normatividad legal, temática que se puede presentar en la etapa de planeación, celebración y ejecución del contrato, y desde aspectos normativos disímiles, e incluso desde estatuto diferentes al de la contratación Estatal, pero que en el fondo conllevan a la materialización,

conceptualización, o eficacia de un principio o valor constitucional dentro del régimen de contratación pública.

Es importante señalar que esta diferenciación entre regla y principio anuncia en cierta forma la diferencia entre legislación y constitución (Zagrebelsky, 2003) las reglas como indicaciones de conducta son imperativas y en su mayoría cerradas, pues prescriben una consecuencia a determinado acontecimiento, mientras los principios como pautas de toma de posición, son vagos, abiertos y funcionalmente diferentes. El punto crítico estriba en que para realizar una confrontación entre la regla y el principio este debe estar claramente decantado, es decir dotado de un significado o un sentido establecido que permita servir de referencia para expulsar o avalar una norma jurídica, sin embargo como se observo en el acápite anterior el juicio abstracto muchas veces no permite esta construcción, pues a diferencia de las normas los principios solo pueden determinar su significado y alcance en los casos concretos. Esta forma de determinar el alcance y sentido de un principio constitucional solo se logra con el frecuente pronunciamiento jurisprudencial respecto del mismo, en este punto una decisión constitucional no debería ser definitiva, y por los mismo si debería ser discutible, para marcar el alcance del principio constitucional en la práctica, y de esta forma realizar un adecuado control de constitucionalidad.

En la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana la diferencia entre reglas y principios además de ser aceptada es relevante para entender la constitución, este se puede observar en la sentencia Sentencia C-126 de 1998 MP. Alejandro Martínez Caballero:

“Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta”.

Y para reforzar nuestro punto la corte ha aceptado que los principios constitucionales pueden ser implícitos o explícitos de acuerdo a la dogmática o espíritu de la constitución y que además tienen distintos matices no solo en su operancia, sino también en las disposiciones constitucionales, en concordancia el magistrado Jaime Araujo Rentería en un salvamento de voto preciso de la Sentencia C-875 de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil.

“En la teoría constitucional existe un método de interpretación, denominado interpretación por principios. Los principios constitucionales pueden estar expresados de manera explícita o implícita. La seguridad jurídica es un principio que se encuentra consagrado implícitamente en nuestra Constitución.

Los principios constitucionales pueden estar consagrados de manera genérica o de manera específica o de una forma mixta (genérica y específica); por ejemplo: La igualdad se encuentra consagrada de manera genérica en el artículo 13 de la Constitución, lo que no es obstáculo para que haya otras consagraciones específicas de la igualdad; como son la igualdad de acceso a los cargos públicos, la igualdad del hombre o la mujer o la igualdad de los hijos.”

Las consideraciones realizadas en conjunto con el punto anterior denotan, las complicaciones del examen de constitucionalidad en abstracto, así por ejemplo pueden proferirse decisiones de constitucionalidad respecto de una norma en base en un significado de un principio constitucional carente de consolidación, o con alcances distintos a los que previo el tribunal en jurisprudencias anteriores. Las posibilidades son en teoría múltiples pues el significado de los principios es gradual, esto conforme a nuestro razonamiento evidencia que la fuerza de la cosa juzgada no permitiría forjar el alcance y significado de los principios constitucionales, al sepultar la graduación de los efectos del principio, y no permitir una interpretación que actualice el derecho, y de contera expulsar normas que no se apeguen a los nuevos alcances de principios revalidados en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales. En otros términos los principios permiten al juez constitucional actualizar e instrumentalizar al derecho, por medio de su interpretación, y la cosa juzgada en estos proveídos se instaura como un

instrumento pétreo que frustra es actividad creadora de la jurisprudencia constitucional (Villegas, 20009).

3.1 Delimitaci3n de la naturaleza instrumental del Contrato Estatal

El contrato estatal, en sus primeras delimitaciones y de acuerdo a su forma de negocio jurídico se delimito ante todo, como un negocio jurídico en los que una de las partes era la administraci3n, y que sin embargo se resguardaba en la clásica figura del contrato, consensual, oneroso, con una causa y objet3 lícitos, en los términos clásicos del artículo 1502 del C3digo Civil. Esta noci3n, se traslado rápidamente del ámbito del derecho privado al derecho público y el contrato estatal, adquiere nuevos contornos, que hacen de su forma y contenido una instituci3n jurídica compleja, en cierta medida por las rotundas y decisivas reformas que ha sufrido el régimen de la contrataci3n estatal desde el clásico estatuto de la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007, el decreto 1510 de 2013, y más recientemente el decreto 1082 de 2015; las anteriores disposiciones han logrado, entre otros aspectos (Yong, 2013) considerar que las personas jurídicas de derecho privado también celebrar contratos Estatales, que estos pueden ser electr3nicos, y por ende celebrados de forma virtual, y que las formas de selecci3n del contratista puede regularse en el derecho privado. Lo anterior permite un acercamiento a la dificultosa tarea de identificar los elementos del contrato Estatal, y los múltiples aspectos que pueden rodear a esta figura jurídica; la definici3n plasmada por el artículo 32 de la ley 80 de 1993 nos dice al respecto:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuaci3n”

De la anterior prescripción legal se puede extraer que se asume un criterio estrictamente subjetivo, por cuanto el elemento más relevante apunta directamente al sujeto que celebra el contrato Estatal, sin informar sobre su finalidad, o teleología. El asunto de delimitar la finalidad del contrato Estatal, o su razón de ser es un asunto muy importante para establecer un parámetro de preferencia entre normas sustanciales que rigen los procesos de planeación, celebración y ejecución del contrato público, por ello la interpretación del artículo 32, debe entenderse en los términos del artículo 3 de la ley 80 de 1993, que nos dice:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

La anterior prescripción, que tiene profundas incidencias normativas en los distintos contratos Estatales que celebre la administración y los particulares que cumplen funciones públicas, ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia constitucional, la cual ha entronizado que la clausula del Estado social de derecho se relaciona claramente con los fines del Estado, y con ello, ha señalado, que aun cuando el contrato público tiene una serie de requisitos, y exigencias tanto para los servidores públicos como para los particulares, y unas normas específicas para cada tipo de contrato, o selección, existe una finalidad unificadora de esta institución jurídica, que permite delimitar una naturaleza instrumental, al respecto en Sentencia C-713 de 2009 MP, María Victoria Calle, la Corte expuso el carácter instrumental del contrato de la siguiente forma:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que 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”

La anterior relación denota que el contrato es una de las tantas formas que utiliza el Estado para cumplir con las finalidades inherentes a un Estado social de Derecho, esto se suma a que si se reitera que la gestión pública apunta a una finalidad superior, como lo es la satisfacción del interés general, y estas metas o finalidades se adquieren bajo un marco de responsabilidad jurídica y social, los particulares también adquieran compromisos jurídicos, puesto que restan una actividad instrumental, es decir en virtud de un principio constitucional superior. De la naturaleza instrumental del contrato Estatal se pueden extraer en principio dos reglas concretas, que ha señalado la jurisprudencia constitucional, en primer término, se ha señalado que la el margen de para discrecionalidad o vacíos regulativos, es casi nugatorio en este régimen de derecho, quiere esto decir, que las normas que se expidan en relación al Contrato Estatal tienen que contener prescripciones muy precisas y detalladas, y evitar en mayor medida, dejar márgenes de acción a los participantes del proceso de contratación, así lo manifestó la Corte en Sentencia C-618 de 2012. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, nos dice:

“La actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política. El fin de la contratación pública está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que 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 ahí que la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad”(subrayado fuera de texto).

No puede perderse de vista que la preponderancia de reglas y principios que delimitan las actuaciones de las autoridades y particulares dentro del régimen de contratación, se fundamenta en el principio de interés general, el cual ocupa un lugar fundamental dentro del derecho público (Sentencia C-1056 de 2012. MP, Nilson Pinilla Pinilla), bajo en entendido de que es un parámetro que condiciona las actuaciones de servidores públicos y particulares, y que en virtud de ello las normas jurídicas deben reglar en general todas las actuaciones.

En segundo término, y en conjunto con el primer punto, se aprecia la responsabilidad de los particulares en la consecución de los fines del Estado, y el abandono de consideraciones estrictamente individualistas, fundamentadas en el ánimo de lucro y contraprestación del carácter oneroso del contrato. Lo anterior ha sido instituido por la legislación desde la ley 80 en el inciso 2º del artículo 3 de la ley 80 de 1993, y fuertemente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, no sobra advertir que dicha regla encuentra sustento en el régimen de responsabilidad de los particulares que cumplen funciones públicas, aunque lo que se señala es la orientación teleológica de la participación de los particulares en el contrato Estatal, en la ya citada Sentencia C-713 de 2009 MP, María Victoria Calle, se cito:

“Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines”.

No significa que el contratista no tenga derecho a una remuneración justa, puesto que la ley presenta distintas herramientas para garantizar una retribución justa al contratista, como por ejemplo el equilibrio financiero del contrato, empero el cambio de paradigma exige de los contratistas una mayor responsabilidad en la ejecución de las obligaciones contraídas, y en las demás que puedan surgir de la ejecución del contrato, puesto que lo que está en juego, como se observo es la prevalencia del interés general.

3.2 Efectividad del derecho a la igualdad como principio orientador en la contratación Estatal

La igualdad como derecho fundamental y principio constitucional ocupa un lugar importante dentro de las garantías de un Estado de Derecho, en virtud de asegurar un trato uniforme para los sujetos de derecho en las múltiples actividades que se desarrollan en la sociedad, bien si participa el Estado, o en actividades del sector privado. Sin embargo la igualdad no puede entenderse como un trato uniforme a raja tabla, sin atenderá las diferencias reales de los destinatarios de las normas, en las que la igualdad de trato constituya un criterio que genere desigualdades materiales que propicien situaciones de inequidad, o de negación de derechos en justificación del principio de igualdad, por ello no solo se pregona una igualdad formal, es decir, recibir un tratamiento por parte de las leyes y de las autoridades sin criterios de discriminación, sino que también existe una igualdad material, que aplicando precisamente criterios de desigualdad, intentan obtener situaciones de igualdad real, las anteriores consideraciones quedaron expresadas en la constitución política de 1991, en su artículo 13 que expresa:

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

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

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

La contratación Estatal como manifestación de la gestión pública en busca de la satisfacción del Estado, debe regirse por el principio de igualdad, encontrado válido en diferentes aspectos respecto a la selección, oportunidades, o derechos siempre que encuentren una justificación constitucional proporcional. Lo anterior ha tenido una marcada influencia dentro de las normas que han gobernado aspectos puntuales de la contratación Estatal, siendo la jurisprudencia del alto tribunal constitucional la herramienta que ha optimizado este principio constitucional.

En Sentencia C-949 de 2001. MP, Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional manifestó que la prescripción insertada en el artículo 37 de la ley 80 de 1993, que disponía la prórroga “automática” de los contratos de telecomunicaciones hasta por un lapso igual al inicialmente pactado conducía a una vulneración del derecho de igualdad de oportunidades para la selección de contratistas, puesto que el lapso de tiempo de la prórroga conducía a una negación del derecho de igualdad de oportunidades de oferentes capacitados técnicamente y con el derecho de participación dentro de esa modalidad de contrato Estatal

En Sentencia C-862 de 2008. MP, Marco Gerardo Monroy Cabra. Alto tribunal constitucional revisó la norma contenida en el párrafo 3° del artículo 12 de la ley 1150 de 2007, que establecía una diferencia para acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro, pequeñas y medianas empresas en general y las empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera, en esa oportunidad se encontró que esa disposición quebrantaba el derecho a la igualdad por establecer un trato discriminatorio que si

bien perseguía un fin constitucional legítimo, la medida resultaba desproporcionada, en lamentada jurisprudencia se expresó lo siguiente:

“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 que en la ya mencionada Sentencia C-949 de 2001, en la Sentencia C-068 de 2009. MP, Mauricio González Cuervo. Se impuso el derecho a la igualdad sobre prerrogativas legales que conllevaban a una posición favorable de los primeros contratistas de los contratos de concesión portuaria, puesto que la disposición legal, establecía la posibilidad de prorrogas sucesivas sin establecer un límite objetivo de las prorrogas. La anterior norma imponía una discriminación respecto a potenciales contratistas de este tipo contractual, frente al primer contratista, la Corte enfatizó lo siguiente:

“La Corte estima que las prórrogas sucesivas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria, además que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad

del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal”.

No obstante lo anterior, el precedente constitucional en materia de contratación Estatal no ha sido pétreo en sostener que cualquier trato diferenciador constituye una vulneración al principio de igualdad y ha enfatizado en que la igualdad material por fines constitucionales legítimos permite tratos disimiles, así en la Sentencia C-595 de 2014. MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La Corte Constitucional estableció que el incentivo que el inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508 otorga al originador de un proyecto que se busca ejecutar bajo la modalidad de APP de iniciativa privada, consistente en permitirle mejorar su oferta si la formulada originalmente no obtuvo la mejor calificación, no lesiona el principio de igualdad en el ámbito de la selección objetiva del contrato.

3.3. Responsabilidades del contratista en el Contrato Estatal

El contrato estatal dentro de un Estados Social de Derecho cumple una función instrumental, y en esa medida, las partes no pueden desligarse de la función o gestión pública inherente al instrumento contractual, en ese sentido la ontología del contratista adquiere nuevos matices, por cuanto no solo se puede pregonar del particular un extremo contractual que se obliga contractualmente a la ejecución leal del contrato, sino que además adquiere un número de obligaciones extracontractuales, fundadas en la finalidad o teleología de la contratación Estatal.

Lo anterior no significa sin embargo que el contratista adquiera un régimen de responsabilidad aplicable a los servidores públicos, bajo el entendido de que la función pública en reserva del artículo 123 de la constitución política establece de forma diáfana las modalidades de vinculación laboral que constituyen la categoría de servidor público, la anterior posición se planteó en el precedente constitucional, por medio de la Sentencia C-563 de 1998. MP, Carlos Gaviria Díaz.

“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 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”.

Esta tendencia jurisprudencial ha servido como criterio relevante para impulsar las reformas que se surtieron con la ley 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013, por cuanto se abandono el esquema del contratista, como locutor del sector privado que solo se obliga en relación con las obligaciones contractuales, y se paso a un agregado desde el punto de vista de la función administrativa y de la corresponsabilidad de la consecución de os fines del Estado.

3. Conclusiones

La Contratación Estatal en Colombia ha sido un tema de constante evolución y rotunda reformas legislativas en los últimos años, que han buscado la tecnificación de los procedimientos y el control y transparencia de las actuaciones de los sujetos que intervienen en esta forma de gestión pública. Lo anterior ha generado una efectividad de muchos principios constitucionales que no estaba presente en el régimen de la contratación Estatal y con ello se presento una constitucionalizacion del derecho del contrato público.

Sin embargo las reformas legislativas por si solas no alcanzaron a tamizar o efectivizar los principios de la contratación estatal, puesto que el criterio general de legalidad

que conlleva a un rígido reglamentarismo de las distintas etapas del contrato estatal, establecían en muchas ocasiones reglas aisladas de los principios constitucionales, o se establecían de forma vaga y necesitaban una precisión para no desdibujar la teleología de las instituciones del contrato público, esto encaminado con los principios y valores constitucionales del Estado social de Derecho.

En este contexto la jurisprudencia constitucional ha jugado un papel clave, puesto que por medio de las sentencias de constitucionalidad ha logrado una incidencia normativa en temas centrales de la contratación Estatal, fenómeno que se ha generado por cuanto la institución del control de constitucionalidad concentrado, mediante la cosa juzgada constitucional han permitido que la jurisprudencia constitucional tenga fuera vinculante directa, y con esto e precedente constitucional ha incidido directamente en la legislación, formulando un marco normativo que debe integrarse con los pronunciamientos jurisprudenciales. El anterior fenómeno, particularmente en contratación estatal debe tenerse presente, por cuanto principios de la función administrativa son condición necesaria para hacer un control de constitucionalidad efectivo, y no desnaturalizar el contrato público, con el ritualismo procedimental, y la exacerbada reglamentación.

La jurisprudencia constitucional sin embargo no se ha limitado a un control de constitucionalidad simple, sino que ha logrado encaminar las prescripciones legales en la órbita de las recientes reformas, bajo este panorama el contrato estatal se ha visto inmerso en un precedente que ha reafirmado su naturaleza instrumental, con las diversas consecuencias legales que eso trae, así por ejemplo se ha delimitado a responsabilidad del particular contratista, y ha entronizado el principio de igualdad como criterio general e imperante del proceso contractual, modulando sus efectos.

La incidencia del precedente constitucional en materia de contratación pública ha reformado prescripciones legales, expulsado normas jurídicas concretas del ordenamiento, y ha moldeado instituciones tales como la de la responsabilidad del contratista, en este panorama es preciso indicar que aun cuando esta materia es por naturaleza estrictamente reglada, y que por ende es el legislador mediante las leyes, y el ejecutivo mediante los decretos reglamentarios los llamados a diseñar el sistema normativo, la jurisprudencia constitucional no puede excluirse como criterio relevante de la contratación pública.

➤ BIBLIOGRAFIA

- Serrano, S. Y. (2013). El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. Bogotá, Colombia.: Editorial Ibañez.
- Suarez, G. S. (2014). Estudios de derecho contractual público. Bogotá, D.C.: Editorial Legis.
- Expósito, J. C. (2013). Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá, D.C.: Universidad del Externado.
- Conrado, L. (2012). Los principios en la contratación estatal. Bogotá, D.C.: Editorial Ibañez.
- Vivero, F. (2007). Contratación estatal: aspectos controversiales. Bogotá, D.C.: Editorial Unindes.
- Villegas, G. (2000) “*el valor normativo de las sentencias de la corte constitucional, con ocasión del control abstracto y su incidencia en el sistema de fuentes del derecho: el caso colombiano*” Bogotá, D.C.: universidad externado de Colombia, tesis para grado No 4. Bogotá. Colombia.
- ZAGREBELSKY, G. (2003) “*el derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*” 5ª edición. España.: Editorial Trotta.
- FIGUEROA MORANTES, J. (2001) “*interpretación constitucional y decisión judicial*”. Bogotá, D.C.: editorial leyer. Colombia. Pág. 96.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-1084 De 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-569 De 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes
- Corte Constitucional. Sentencia C-357 De 1997 MP. Jose Gregorio Hernandez Galindo
- Corte Constitucional. Sentencia C-928 Del 2007 MP Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993
- Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galviz
- Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 201. MP Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional. Sentencia C-618 de 2012. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. MP, Mauricio Gonzales Cuervo,
- Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009 MP, María Victoria Calle
- Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2012. MP, Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. MP, Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra
- Corte Constitucional. Sentencia C-068 de 2009. MP, Mauricio González Cuervo
- Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014. MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 1998. MP, Carlos Gaviria Diaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1998 MP. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil.