

NORMA DEROGADA - Procedencia de pronunciamiento de legalidad / DEMANDA CONTRA NORMA DEROGADA - Procede su examen de legalidad / DEROGATORIA - Efectos

La Sala adelantará el análisis de legalidad del decreto 1436 de 1998, no obstante que dicho precepto fue derogado expresamente por el artículo 83 del decreto 066 de 2008, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 modificatoria de la Ley 80 de 1993, comoquiera que la derogatoria sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de su legalidad, mientras estuvo vigente

CONCEPTO DE VIOLACION - Justicia rogada / CONCEPTO DE VIOLACION - Obligatoriedad / CONCEPTO DE VIOLACION - Falta de explicación impide decisión del juez / CONCEPTO DE VIOLACION - Requisito formal de la demanda / CONCEPTO DE VIOLACION - Principio de congruencia. Principio dispositivo. Principio de consonancia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto de violación / JUSTICIA ROGADA - Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación

No puede el juzgador -sin infringir sus competencias- entrar a evaluar la eventual violación de normas superiores que no fueron indicadas como violadas junto con su respectivo concepto de violación, tal y como lo ordena el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. La disposición en cita debe tomarse conjuntamente con el principio de congruencia previsto en el artículo 170 eiusdem y desarrollo del principio general del derecho procesal de consonancia, contenido en artículo 305 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º numeral 135 del decreto 2282 de 1989, por cuya virtud, la decisión final del juzgador debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, pues en toda decisión que ponga fin a un litigio debe existir una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o lo que es igual, una perfecta simetría entre el objeto de la controversia y la decisión judicial que le pone fin a la misma. El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. prevé sin duda un presupuesto formal de la demanda, exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo. Por manera que en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el principio dispositivo, el juzgador -tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia- requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado. En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la causa petendi tiene la carga procesal ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter general, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 30 de julio de 1993, rad. 2262, MP. Yesid Rojas Serrano; y Sección Tercera, auto de 16 de marzo de 2005, rad. 27921, MP. Ruth Stella Correa Palacio y sentencias de 8 de junio de 2000, rad. 11121, MP. María Elena Giraldo Gómez y de 17 de agosto de 2000, rad. 12640, MP. Alier Hernández Enríquez.

DECRETO 1436 DE 1998 - Expedido por el gobierno nacional / DECRETO 1436 DE 1998 - Artículo 3. Violatorio de la Ley 80 de 1993 / DECRETO 1436 DE 1998 - Artículo 4. Violación de la Ley 80 de 1993 / SELECCION DEL CONTRATISTA - Criterios. Reserva de ley / CRITERIOS DE SELECCION - Definición por la entidad pública / CRITERIOS DE SELECCION DEL CONTRATISTA - Artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Título enunciativo / SELECCION DEL CONTRATISTA - Pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Selección del contratista / PLIEGO DE CONDICIONES - Instrumento del deber de selección objetiva / PRINCIPIO DE SELECCION OBJETIVA - Noción / POTESTAD REGLAMENTARIA - Concepción finalística

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 relacionó a título enunciativo y no taxativo los factores de selección. Ello entraña que para el legislador no ofrece discusión que es la entidad pública contratante la que determina en cada proceso los factores de escogencia en los respectivos pliegos de condiciones o en los términos de referencia, con la explicación del contenido, alcance, peso y valor de cada uno, así como la manera en que van a ser ponderados y evaluados para escoger la oferta más ventajosa. No obstante, el artículo 3º del decreto 1436 de 1998 determinó que la entidad pública debe “únicamente” tener en cuenta determinados criterios de selección objetiva y al hacerlo descartó otros como los relacionados con cumplimiento, organización, equipos etc. Asimismo, el artículo 4º eiusdem se ocupó de precisar los elementos que conforman los criterios de selección objetiva y prohibió que se exija como condición o que se tenga como criterio de evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal, entre otros. Es importante destacar que mientras estas disposiciones reglamentarias ostentan un evidente carácter limitativo de la configuración de los pliegos de condiciones y los términos de referencia, en contraste la Ley 80 de 1993 permitió incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia los aspectos que se estimen necesarios y pertinentes para la selección del contratista, por tanto, el decreto reglamentario sin lugar a dudas está limitando una facultad sin asidero en la ley. Si la ley, en desarrollo del principio de selección objetiva, enlistó algunos criterios a manera de enunciación para que fuese la Administración la que determinase en cada caso concreto, y según las necesidades del servicio, al reglamento no le es dable variar esta decisión del legislador para, en su lugar, imponer una diversa. Por otra parte, tal y como lo afirman los demandantes, de conformidad con el numeral 5º del artículo 24 y el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, los pliegos de condiciones o los términos de referencia que se deben elaborar por la entidad pública con la debida antelación a la apertura del proceso son los instrumentos que hacen realidad el deber de selección objetiva, como quiera que determinan las reglas que posibilitan la selección de la propuesta más favorable. La Sala reitera que por vía de reglamento no es posible introducir modificaciones al criterio adoptado por el legislador. Con arreglo al criterio sentado, se impone concluir que los artículos 3º y 4º del decreto sub examine vulneran de manera ostensible lo prescrito por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. De la confrontación de aquellos con éstos se advierte su oposición manifiesta, toda vez que estas disposiciones reglamentarias introducen, sin poder hacerlo, cambios significativos en los criterios de selección objetiva para el caso de intermediarios de seguros aspectos que no

señaló la ley, en tanto el diseño legislativo parte de la base de que es la entidad pública contratante la que debe definir las condiciones de contratación en los pliegos de condiciones o términos de referencia, lo mismo que los factores de escogencia. Las limitantes allí previstas desbordan con creces la potestad reglamentaria. De tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que las normas reglamentarias no pueden limitar la libertad de escogencia de las entidades estatales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 3 de 24 de septiembre de 2004, rad. 26105, y sentencia de 3 de diciembre de 2007, radicados acumulados 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244 y 31447, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

DECRETO 1436 DE 1998 - Expedido por el gobierno nacional / DECRETO 1436 DE 1998 - Artículo 6 inciso 2. Violatorio de la Ley 80 de 1993 / DECRETO 1436 DE 1998 - Artículo 6 inciso 3. Violación de la Ley 80 de 1993 / CELEBRACION DE CONTRATOS - Autonomía de la voluntad. Alcance / AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - Celebración de contratos. Alcance / AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - Criterio medular de los negocios jurídicos estatales / AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - Libertad negocial / POTESTAD REGLAMENTARIA - Concepción finalística

La Ley 80 de 1993 -al regular el contenido del contrato estatal- defirió en su artículo 40 a lo previsto por las normas civiles y comerciales, a tiempo que previó que las entidades pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que se requieran, por supuesto, para el cumplimiento de los fines del Estado. En consonancia con este canon legal, pueden citarse - entre otros- los artículos 13, 23, 28, 32 y 46 eiusdem. Estas previsiones legales entrañan el reconocimiento positivo, como ha reconocido una y otra vez la Corte Constitucional, de la prevalencia de la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos por las entidades estatales, como principio nuclear de las relaciones negociales del Estado. Si se recurre al espíritu de la ley 80, para determinar su alcance a partir del elemento histórico (voluntas legislatoris), esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, se tiene que la intención del legislador fue siempre la de reivindicar el citado postulado de la autonomía de la voluntad. Autonomía de la voluntad que había sido reconocida por la jurisprudencia administrativa, mucho antes de su consagración expresa en la ley 80 como “núcleo esencial del negocio jurídico”, en sus diversas manifestaciones. Importa para el asunto sub lite sólo resaltar la concerniente a la libertad negocial, norma medular del régimen de las obligaciones, según la cual las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar también condiciones negociales particulares, conforme al art. 1602 del CC., ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las prestaciones. Por manera que como en el derecho común, la Administración también puede pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario. En definitiva, no es que la autonomía contractual sea concebida como un poder ilimitado en virtud del cual las partes puedan arbitrariamente definir la totalidad del contenido negocial, sino que este puede ser restringido pero únicamente por el legislador, con arreglo a lo previsto por los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993. Lo dicho da base suficiente para subrayar que cuando los incisos 2º y 3º del artículo 6º del decreto 1436 de 1998 establecen, sin fundamento legal alguno, limitaciones en cuanto al número de intermediarios de seguros que puede tener una entidad estatal, así como restringen el límite temporal de la vinculación del intermediario desbordan con creces el ámbito

reducido de la potestad reglamentaria y atentan contra la libertad negocial, como una de las facetas características de la autonomía de la voluntad, que como se indicó tiene su sustento expreso en los artículos 40 y 32 de la ley 80 de 1993, arriba citados. No debe perderse de vista que la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189.11 CN).

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema: Corte Constitucional, sentencias C-154 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara; C-230 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell; C-154 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 24 de marzo de 1994, rad. 9354, MP. Daniel Suárez Hernández y sentencias de julio 2 de 1998, rad. 11818, MP. Daniel Suarez Hernández; de 16 de febrero de 1984, rad. 2509, MP. José Alejandro Bonivento; de 18 de junio de 1992, rad. 6579, MP. Daniel Suárez Hernández; de octubre 5 de 1994, rad. 8223; de noviembre 27 de 1995, rad. 8791, MP. Juan De Dios Montes Hernandez; de septiembre 7 de 1998, rad. 10660, MP. Ricardo Hoyos Duque; de 18 de septiembre de 2003, rad. 15119, MP. Ramiro Saavedra Becerra; de octubre 15 de 1997, rad. 11212, MP. Jesús Maria Carrillo Ballesteros y de 13 de mayo de 1988, rad. 4303. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de febrero 20 de 1975, rad. 953, MP. Luis Carlos Sáchica. Ver igualmente Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-24-000-2000-06198-01(18509)

Actor: MANUEL ANTONIO RUAN PERDOMO Y OTRO

Demandado: NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala en única instancia la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A., interpusieron Mauricio Echeverri Uribe y Manuel Antonio Ruan Perdomo contra el decreto 1436 de 1998, expedido por el Gobierno Nacional.

1. Pretensiones y norma acusada

El presente proceso se originó en la demanda presentada el 6 de abril de 2000 por Mauricio Echeverri Uribe y Manuel Antonio Ruan Perdomo en contra de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quienes actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad solicitaron que se declarara la nulidad del decreto 1436 de 1998, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros.

Se transcribe a continuación el texto del decreto 1436 de 1998 acusado:

“DECRETO 1436 DE 1998¹

(Julio 27)

‘Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros’.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, en especial las que le confiere el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

Artículo 1º. Procedimiento de concurso. La selección del intermediario de seguros se efectuará mediante concurso público, de acuerdo con las reglas establecidas en los siguientes artículos, salvo que el intermediario vaya a intervenir en la contratación de seguros para los cuales puede prescindirse de licitación pública.

Cuando haya lugar a contratación directa de intermediario de seguros, la entidad contratante deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, en lo pertinente, y los criterios de selección objetiva señalados en el artículo 3º de este decreto, los cuales deberán indicarse en la solicitud de la oferta.

Artículo 2º. Términos de referencia. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 24 numeral 5º y 30, numeral 2º de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales elaborarán los términos de referencia para los concursos de intermediarios de seguros, teniendo en cuenta los criterios que para tal efecto establece el presente decreto.

Conjuntamente con los pliegos o términos de referencia, la entidad estatal suministrará una relación de los bienes y/o personas objeto de aseguramiento, detallando los aspectos que se consideren relevantes para tal efecto. Así mismo, indicará los criterios de selección y los

¹ DIARIO OFICIAL No. 43351 de Julio 31 de 1998.

porcentajes de participación relativa asignada a cada uno de ellos y a los elementos que los componen.

Artículo 3º. Criterios de selección objetiva. La entidad estatal contratante deberá tener en cuenta únicamente los criterios de selección objetiva que se describen a continuación y les concederá en su decisión el porcentaje de participación relativa que determine en los pliegos:

1. Administración de Riesgos
2. Capacidad Técnica
3. Infraestructura Operativa
4. Experiencia

Artículo 4º. Elementos que conforman los criterios de selección objetiva. Según su naturaleza y necesidades, cada entidad estatal determinará los elementos que conforman los criterios de selección objetiva conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y la participación relativa de cada uno de ellos. Los elementos que deben considerarse, son los siguientes:

1. La administración de riesgos comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- a) Propuesta de cobertura y condiciones;
- b) Programas de seguridad industrial;
- c) Propuesta de prevención de pérdidas.

2. En la capacidad técnica, entendida como recurso humano puesto a disposición de la entidad estatal, se considerará:

- a) El tipo de vínculo con el intermediario (laboral, no laboral, ocasional, permanente);
- b) El nivel de formación (profesional universitario, técnico, tecnólogo);
- c) La experiencia en seguros o en la actividad de la entidad estatal, relacionada con las pólizas a contratar;
- d) El tiempo y clase de dedicación al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes (permanente, compartida, exclusiva).

3. La infraestructura operativa, entendida como el conjunto de recursos, distintos al humano, que el intermediario ofrece tener al servicio de la entidad estatal en función directa de sus necesidades.

4. En la experiencia del intermediario, se considerará:

La experiencia en el manejo del programa de seguros igual o similar al requerido por la entidad estatal, independientemente de que se haya prestado en el sector público o privado, detallando:

. Ramos

. Primas y

. Nombre del asegurado.

Parágrafo. No podrá exigirse como condición o tenerse como criterio para la evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal u otros aspectos o actividades que no correspondan al objeto directo de la selección.

Artículo 5º. Inhabilidades. Le son aplicables a los intermediarios de seguros las inhabilidades e incompatibilidades previstas en las normas vigentes para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales.

Artículo 6º. Oportunidad del concurso y término de vinculación. La selección de intermediario de seguros deberá realizarse en forma previa a la licitación o contratación directa de seguros. En casos excepcionales debidamente justificados por la entidad estatal, podrá efectuarse esta selección de manera concomitante.

La entidad estatal adjudicará a un solo intermediario el manejo integral del plan de seguros. No obstante, si sus necesidades así lo ameritan, podrá adjudicar a otro intermediario un ramo o un grupo de ramos de seguros requeridos. En los términos de referencia del concurso deberá consignarse esta posibilidad expresamente. En ningún evento habrá más de dos intermediarios por cada entidad estatal.

La vinculación del intermediario con la entidad estatal se prolongará hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados con su intervención dentro de un mismo proceso licitatorio o de contratación directa, sin perjuicio de que la entidad contratante, previo el cumplimiento de las formalidades legales, proceda a la terminación de la relación.

Artículo 7º. Consorcios o uniones temporales. La participación de intermediarios bajo las modalidades de consorcio y uniones temporales será procedente y la propuesta se evaluará bajo claros criterios de comparabilidad, según las reglas establecidas en los pliegos.

No se podrá exigir que cada uno de los partícipes del consorcio o unión temporal cumpla la totalidad de los requisitos establecidos en el respectivo pliego.

En estos eventos, los intermediarios deberán justificar la participación conjunta, teniendo en cuenta los fines de la contratación administrativa de seguros establecidos por la entidad contratante.

Artículo 8º. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.”

2. Normas violadas y concepto de la violación

2.1 Luego de referir los contenidos normativos de los artículos 3º, 4º y 6º del decreto acusado, expusieron los actores que exceden la potestad reglamentaria, en tanto estiman que el artículo 29 de la ley 80 de 1993 defirió a la entidad pública la fijación de los criterios de selección objetiva y tan solo enunció ciertos factores de escogencia a título enunciativo, mientras que el acto acusado a tiempo que estableció los criterios de selección objetivos que deben tenerse en cuenta lo mismo que el contenido de los mismos y de esta manera limitó el margen de elaboración de los pliegos.

Destacaron que el numeral 5º del artículo 24 de la ley 80, en consonancia con el artículo 30 numeral 2º de la misma ley, señalan los elementos esenciales que debe contener el pliego de condiciones o los términos de referencia sin que autorice a exigir requisitos adicionales por medio de un decreto, mucho menos establecer taxativamente los criterios de selección objetiva que se pueden tener en cuenta al momento de la selección del intermediario de seguros.

2.2 Por otra parte, el que la duración de la vinculación del corredor de seguros con la entidad estatal esté condicionada a la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados con su intervención y que la entidad contratante no pueda tener más de dos intermediarios para el manejo de su plan de seguros, como lo establece el artículo 6º del decreto acusado, entraña infracción de lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 80 que establece la libertad de la entidad contratante para definir el contenido del contrato.

3. Admisión y contestación de la demanda

Por auto de 8 de septiembre de 2000 se admitió la demanda formulada contra el decreto 1426 de 1998, expedido por el Gobierno Nacional. La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público expuso que el actor en su escrito limita el poder reglamentario del Presidente de la República y luego de citar un fallo de la Corte Constitucional señaló que en este caso el decreto hizo específicos algunos

elementos propios de la selección de intermediarios de seguros, para así permitir la correcta ejecución y cumplimiento de la ley 80.

4. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 6 de julio de 2001 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, sólo intervino el Ministerio Público. La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación, luego de hacer una aproximación conceptual de la función reglamentaria a partir de la doctrina y la jurisprudencia, hizo referencia a la regulación de los intermediarios de seguros dentro del régimen de contratación estatal. Al descender al caso concreto conceptuó que el Decreto 1346 de 1998, en cuanto consagró los “criterios de selección objetiva”, *“lo que realmente hizo fue precisar los parámetros que debían tenerse en cuenta para la determinación de la propuesta más favorable, en desarrollo del principio de selección objetiva”*.

Adujo que el gobierno podía reglamentar la selección de los intermediarios de seguros en tanto *“la facultad de reglamentación (...) pretende no solo completar la obra del legislador dentro de los parámetros fijados por éste, como también vivificar las disposiciones legales por medio de su implementación concreta (...) la medida en que los criterios legales para la determinación de la oferta más favorable para los contratantes públicos no son taxativos, como se observó, y en que el contrato de intermediación requiere de unas especiales condiciones referidas a la empresa corredora, agencia o agente de seguros para llevar a cabo esa labor profesional especializada, no fue desbordada la facultad reglamentaria al fijar unos únicos criterios de selección de la propuesta más favorable”*.

Estimó que tampoco le asiste razón a los demandantes en cuanto que para ellos las condiciones de los pliegos serían fijadas por las entidades públicas contratantes, ya que el decreto conserva esa directriz legal de fijación de los contenidos del pliego o términos de referencia. En cuanto a los servicios incluidos en la prohibición consignada en el párrafo cuarto, tampoco le asiste razón a los actores, pues si bien restringió la consideración de aspectos tales como entrega de equipos, instalación en comodato, cursos de capacitación, etc. *“dicha limitación fue condicionada al hecho que esas ofertas no correspondieran al objeto mismo de la selección”*.

Finalmente, en cuanto a las limitaciones relativas a la imposibilidad de seleccionar a varios intermediarios de seguros y a la vigencia de los contratos de intermediación con el condicionamiento a la duración de los negocios jurídicos asegurativos, conceptuó que el artículo 6º de la norma acusada *“desborda el marco legal de la ley 80 de 1993, por lo cual deberá accederse a la petición de nulidad presentada por los actores”*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer y decidir sobre el contencioso objetivo formulado, de conformidad con lo dispuesto por el numeral primero del artículo 128 del C.C.A. y el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, ambos expedidos por esta Corporación, por cuya virtud conoce de los procesos de simple nulidad que versen sobre asuntos contractuales.

2. Fijación del litigio

La Sala adelantará el análisis de legalidad del decreto 1436 de 1998, no obstante que dicho precepto fue derogado expresamente por el artículo 83 del decreto 066 de 2008², por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 modificatoria de la Ley 80 de 1993³, comoquiera que la derogatoria sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de su legalidad, mientras estuvo vigente.

Ahora, si bien los actores solicitaron que se declarara la nulidad del decreto 1436 de 1998 en su integridad, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de

² Este último a su vez fue derogado por el art. 92 del Decreto 2474 de 2008, excepto el art. 83, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, en DIARIO OFICIAL No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

1993 en materia de selección de intermediarios de seguros, lo cierto es que al exponer el concepto de la violación se limitaron a referir los fundamentos de derecho de sus pretensiones anulatorias respecto de los artículos 3º, 4º y 6º de la norma acusada.

A pesar de que también se impugnaron las demás normas del acto acusado la Sala no las analizará, en la medida en que no se explicó el concepto de su violación. No puede el juzgador -sin infringir sus competencias- entrar a evaluar la eventual violación de normas superiores que no fueron indicadas como violadas junto con su respectivo concepto de violación, tal y como lo ordena el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A.

La disposición en cita debe tomarse conjuntamente con el **principio de congruencia** previsto en el artículo 170 *eiusdem* y desarrollo del principio general del derecho procesal de **consonancia**⁴, contenido en artículo 305 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º numeral 135 del decreto 2282 de 1989, por cuya virtud, la decisión final del juzgador debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, pues en toda decisión que ponga fin a un litigio debe existir una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o lo que es igual, una perfecta simetría entre el objeto de la controversia y la decisión judicial que le pone fin a la misma.⁵

El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. a cuyo tenor "[c]uando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación" prevé sin duda un **presupuesto formal de la demanda**, exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo.⁶

⁴ Imperativo legal, como anota Devis Echandía, relacionado con el debido proceso (art. 29 C.N.) y el valor de la cosa juzgada. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, p. 57).

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 16 de marzo de 2005, Rad. 27921, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 30 de julio de 1993, Exp. 2262, C.P. Yesid Rojas Serrano y SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2000, Rad. 11121, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Así lo precisó, al revisar la constitucionalidad del precepto en cita, la Corte Constitucional al advertir:

“La naturaleza y características propias del acto administrativo, que se han puesto de presente anteriormente, justifican plenamente que el legislador, dentro de la libertad de configuración de las normas procesales que regulan el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, haya dispuesto que cuando se impugna un acto administrativo deban citarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. En efecto:

Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.

Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, mas aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

Podría agregarse, que con el establecimiento de dichos requisitos el legislador desarrolló el deber previsto en el art. 95-7 de la Constitución para que quienes demandan actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contribuyan al buen funcionamiento de la administración de justicia.”⁷ (se destaca).

Por manera que en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el **principio dispositivo**, el juzgador -tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia- requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado. En otras palabras, el fallador está impedido para estudiar temas y para pronunciarse sobre puntos que no fueron planteados y sustentados por el actor, en el escrito de demanda⁸.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 197 de 199, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la *causa petendi* tiene la carga procesal ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter *general*, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados.

O lo que es igual, la demanda demarca el debate judicial y –por contera- el juez no está facultado para estudiar preceptos diferentes de aquellos que se adujeron en la demanda, de no ser así, ha dicho la jurisprudencia *“se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado, al resolver el conflicto con base en un punto de derecho que no fue invocado ni debatido”*⁹.

De cuanto antecede se concluye que la Sala no hará pronunciamiento alguno de fondo en torno de los demás preceptos del decreto acusado y por lo mismo se inhibirá parcialmente por inepta demanda. De esta suerte se estudiarán tan solo los artículos 3,4 y 6 del decreto 1436 de 1998 a partir del “cargo único formulado”: exceso en la potestad reglamentaria y exclusivamente a partir de los reproches de ilegalidad formulados, por manera que corresponde a la Sala: (i) determinar si es viable por vía de reglamento fijar los criterios de selección objetiva para contratos de intermediación de seguros (arts. 3º y 4º) y (ii) evaluar si el reglamento puede ocuparse de regular la adjudicación y término de vinculación en este tipo de contratos (incisos 2º y 3º del art. 6º).

Por esta vía, pues, se despachará el cargo formulado que se hizo consistir en desbordamiento de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional en materia de contratación estatal.

3. Reserva de ley en la fijación de criterios de selección de contratistas

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia 12 de septiembre de 1996, Rad. 3580, C.P. Manuel S. Urueta.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de agosto de 2000, Rad. 12640, C.P. Alíer Hernández Enríquez.

De acuerdo con la demanda el artículo 29 de la ley 80 de 1993 *“delega expresamente los criterios de selección objetiva y los elementos que conforman dichos criterios a la entidad pública contratista. Tal delegación esta (sic) justificada toda vez que es la entidad contratista (sic) la que tiene mayor capacidad para determinar los criterios objetivos, libres de cualquier motivación de afecto o interés subjetivo, que le lleven a determinar la propuesta más favorable para alcanzar los fines que busca con la celebración del contrato”*.

Agregaron los actores que el artículo 29 de la ley 80 *“enumera ciertos factores de escogencia que pueden contemplar los pliegos de condiciones o términos de referencia, pero solo los enuncia a título meramente enunciativo y no taxativo, pues, como ya lo expusimos, es claro que la competencia para establecer tales elementos de selección esta (sic) a cargo de la entidad contratista”*. De modo que, a su juicio, el decreto acusado al establecer los criterios de selección objetivos que debe tener en cuenta la entidad estatal contratante al momento de seleccionar un intermediario de seguros y el contenido que deben tener tales criterios, *“al restringir el margen de la entidad contratista (sic) en la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia se esta (sic) impidiendo que la entidad contratista defina criterios de selección objetiva que no estén contemplados en el decreto pero que de igual manera son necesarios para asegurar una elección conveniente en el proceso de licitación o concurso, y por tanto se le impide cumplir con su obligación legal de definir los requisitos objetivos necesarios para asegurar (sic) la escogencia objetiva del contratista, obligación consagrada en el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993.”*

En tal virtud para los actores la restricción de los criterios de selección objetiva no constituye un desarrollo instrumental del artículo 29 de la ley 80 de 1993 sino, por el contrario, una modificación al artículo pues está definiendo taxativamente factores de selección objetiva que la ley había previsto que se determinarían por la entidad contratante en los pliegos de condiciones o términos de referencia”.

En su sentir el estatuto de contratación estatal en el numeral 5 del artículo 24 y en el artículo 30 numeral 2º le *“adjudica”* a la entidad contratante, dentro de los principios de selección objetiva, transparencia y economía procesal, la determinación de las reglas y criterios de selección que tendrá en cuenta para la escogencia del contratista. Al establecerse unos parámetros básicos que deben

cumplir los pliegos *“esta (sic) agotando en materia legislativa los requisitos que pueden exigirse en dichos documentos y una modificación sobre dichos requisitos solo podría darse por medio de una ley en sentido formal, es decir, expedida por el Congreso de la República. Por tal razón, un decreto no puede, en el ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida por el artículo 189 de la Constitución Política hacer nugatorio el derecho de la entidad estatal interesada en tomar un contrato de seguro de consagrar criterios adicionales de selección siempre y cuando estos sean de naturaleza objetiva”*. Expusieron a continuación algunas de las disposiciones del decreto acusado que modifican -a su juicio- lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación.

Así -adujeron los demandantes- las condiciones previstas en el párrafo único del artículo 4º del decreto 1436 de 1998 [no pueden exigirse como condición o tenerse como criterio para la evaluación: la entrega de equipos, la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de propiedad de la entidad estatal, entre otros], las cuales señalaron no constituyen un criterio subjetivo de selección, sino que *“hacen parte de la capacidad técnica que tiene una sociedad corredora de seguros para cumplir con el objeto contratado (que de conformidad con el artículo 1347 del Código de Comercio consiste en ofrecer seguros, promover su celebración y tramitar su renovación) y como tal, en el ámbito general de los negocios, se tienen en cuenta dentro del procedimiento de selección de un intermediario de seguros y se utilizan para determinar la idoneidad en la estructura operativa de un proponente y medir la conveniencia de su oferta frente a la de otros proponentes, permitiendo de esta manera la comparación objetiva de propuestas, tal y como lo exige el artículo 29 de la ley 80 de 1993”*.

En consecuencia, de acuerdo con el escrito de demanda *“no se encuentra sustento constitucional, legal o razones de orden público que justifiquen la imposición de una restricción como la consagrada en el párrafo único del artículo cuarto del decreto 1436 de 1998, máxime cuando nuestro sistema jurídico consagra el derecho a la libre competencia en el mercado y a la costumbre mercantil en materia de contratación de intermediarios de seguros es la de tener en cuenta estas condiciones operativas”*.

Por su parte, la entidad accionada esgrimió que *“el ejecutivo expidió el decreto 1436 de 1998, con el fin de reglamentar la ley 80 de 1993 en materia de selección*

de intermediarios de seguros, hizo específicos precisamente unos elementos particulares, propios de la naturaleza de la contratación de dichos intermediarios, sin lo cual no podría verificarse la correcta ejecución y cumplimiento de la ley reglamentada". Al efecto subrayó que las reglas y principios que rigen la contratación estatal en buena medida han tenido que ser concretados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria del ejecutivo.

El accionado indicó que la Ley 80 *"está fijando una regla de carácter general, al señalar unos factores de escogencia tales como los enunciados en el artículo 29 citado, (...) [d]e tal manera que la norma, así dispuesta, no prohíbe al ejecutivo al ejercer la potestad reglamentaria, el señalar los factores a tener en cuenta para la escogencia de un contratista en una modalidad específica de contratación, como la de los intermediarios de seguros, siempre que dicha escogencia sea objetiva, en los términos de la ley".* Sujeción que confirma el mismo decreto al señalar en su artículo 2º que los términos de referencia se elaborarán de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 24, numeral 5º y 30, numeral 2º de la ley 80. Luego de transcribir estos preceptos, concluyó: *"[c]on base en las anteriores apreciaciones, el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1436 de 1998, se ajustó, no sólo a lo dispuesto por la ley 80 de 1993, sino también a los parámetros constitucionales que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria de aquél".*

Corresponde, pues, a la Sala precisar el sentido y alcance de las disposiciones legales y constitucionales invocadas por el actor, en orden a establecer si hubo o no desbordamiento de la atribución presidencial reglamentaria.

El texto del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, es preciso y claro al disponer que:

"Artículo 29. Del deber de selección objetiva. La selección de contratistas será objetiva.

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

Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo

ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

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

Nótese que el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 relacionó a título enunciativo y no taxativo los factores de selección. Ello entraña que para el legislador no ofrece discusión que es la entidad pública contratante la que determina en cada proceso los factores de escogencia en los respectivos pliegos de condiciones o en los términos de referencia, con la explicación del contenido, alcance, peso y valor de cada uno, así como la manera en que van a ser ponderados y evaluados para escoger la oferta más ventajosa.

No obstante, el artículo 3º del decreto 1436 de 1998 determinó que la entidad pública debe "únicamente" tener en cuenta determinados criterios de selección objetiva y al hacerlo descartó otros como los relacionados con cumplimiento, organización, equipos etc. Asimismo, el artículo 4º *eiusdem* se ocupó de precisar los elementos que conforman los criterios de selección objetiva y prohibió que se exija como condición o que se tenga como criterio de evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal, entre otros.

Es importante destacar que mientras estas disposiciones reglamentarias ostentan un evidente carácter limitativo de la configuración de los pliegos de condiciones y los términos de referencia, en contraste la Ley 80 de 1993 permitió incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia los aspectos que se estimen necesarios y pertinentes para la selección del contratista, por tanto, el decreto reglamentario sin lugar a dudas está limitando una facultad sin asidero en la ley.

La Sala reitera que la ley otorgó la facultad a la administración para establecer los factores o criterios de selección que utilizará para la escogencia de la oferta más favorable, teniendo en cuenta las necesidades del servicio y con sujeción al interés general¹⁰. Si la ley, en desarrollo del principio de selección objetiva, enlistó

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00

algunos criterios a manera de enunciación para que fuese la Administración la que determinase en cada caso concreto, y según las necesidades del servicio, al reglamento no le es dable variar esta decisión del legislador para, en su lugar, imponer una diversa.

Por otra parte, tal y como lo afirman los demandantes, de conformidad con el numeral 5º del artículo 24 y el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, los pliegos de condiciones o los términos de referencia que se deben elaborar por la entidad pública con la debida antelación a la apertura del proceso son los instrumentos que hacen realidad el **deber de selección objetiva**, como quiera que determinan las reglas que posibilitan la selección de la propuesta más favorable. La Sala reitera que por vía de reglamento no es posible introducir modificaciones al criterio adoptado por el legislador:

“En efecto, en los pliegos se debe identificar claramente el objeto del proceso de selección, sus especificaciones técnicas, cualidades, costo y cantidades; las calidades que, en forma proporcional con el objeto definido, serán exigidas a los interesados en participar, esto es, las condiciones de experiencia, capacidad técnica y de solvencia económica necesarias para la escogencia de un contratista idóneo en el suministro de los bienes y servicios requeridos por la entidad pública; los criterios de selección, esto es, la pluralidad de elementos y aspectos objetivos de las propuestas que serán evaluados, tales como precio, plazo, calidad, experiencia, cumplimiento, organización y equipos etc., y que considerados en su conjunto permitirán determinar la propuesta más favorable, mediante un simple cotejo entre ellos y la información contenida en cada ofrecimiento, para lo cual se debe contemplar, su ponderación clara y detallada, es decir, el peso o valor exacto que tendrá cada uno de los mismos en la calificación total de la propuesta.¹¹

(...) Pero, al organizar con carácter vinculante para las entidades públicas los factores de escogencia en esos dos grupos, la norma reglamentaria contrarió el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, porque, como arriba se analizó, son las entidades públicas las que, siguiendo sus pautas y dictados, cuentan con la facultad de determinar los factores de escogencia y criterios de selección y, por ende, cuáles serán de cumplimiento y cuáles de calificación. Así, al agruparlos en uno y otro en el reglamento, se limitó ostensiblemente la libertad que las entidades públicas tenían

(27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) –acumulados, Actores: Carlos Orlando Velasquez Murcia y otros, Demandado: Nación- Presidencia de la República y otros, Ref.: Acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹ Cfr. ESCOBAR GIL, Rodrigo, Ob. cit. págs. 72 a 80.

legalmente para hacerlo, con sujeción al objeto y las precisas necesidades de la contratación.¹²

Con arreglo al criterio sentado, se impone concluir que los artículos 3º y 4º del decreto *sub examine* vulneran de manera ostensible lo prescrito por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993¹³. De la confrontación de aquellos con éstos se advierte su oposición manifiesta, toda vez que estas disposiciones reglamentarias introducen, sin poder hacerlo, cambios significativos en los criterios de selección objetiva para el caso de intermediarios de seguros aspectos que no señaló la ley, en tanto el diseño legislativo parte de la base de que es la entidad pública contratante la que debe definir las condiciones de contratación en los pliegos de condiciones o términos de referencia, lo mismo que los factores de escogencia. Las limitantes allí previstas desbordan con creces la potestad reglamentaria. De tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que las normas reglamentarias no pueden limitar la libertad de escogencia de las entidades estatales:

“Mientras la ley mantenga en las entidades públicas la libertad de escoger los criterios de selección, estará en ellas la potestad de determinar cuales entonces verificará como de cumplimiento y cuales calificará, y el reglamento contraría la ley cuando los distingue, en tanto si bien es cierto al margen de que podrá escoger cuales tendrá en cuenta en uno y otro grupo, limita sin embargo, que sea la respectiva entidad la que realice esa clasificación que para el caso concreto considera la más adecuada.

(...) Por consiguiente, en tanto la ley no disponga distinciones y limitaciones para la forma en que se deben evaluar las propuestas, es evidente que la norma que así lo hiciere excede la ley.”¹⁴

En síntesis, los artículos 3º y 4º del decreto acusado son contrarios al artículo 29 de la Ley 80 de 1993¹⁵, toda vez que el Gobierno Nacional no estaba facultado para establecer vía reglamento modificaciones a la forma de evaluación de las

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) –acumulados-, Actores: Carlos Orlando Velasquez Murcia y otros, Demandado: Nación- Presidencia de la República y otros, Ref.: Acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Conviene anotar que esta norma es desarrollo de la reserva de la ley que para la evaluación de las propuestas dispuso categóricamente el artículo 273 Constitucional.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 24 de septiembre de 2004. Exp. 26.105.

¹⁵ Derogado por los artículos 5º y 32 de la ley 1150 de 2007.

propuestas en procesos de selección de intermediarios de seguros habida consideración que el Constituyente reservó esta materia al Legislador.

De consiguiente, como quiera que dichas disposiciones reglamentarias contradicen y alteran el alcance del artículo 29 de la ley 80 de 1993, lo mismo que el numeral 5 del artículo 24 y el numeral 2º del artículo 30 *eiusdem*, el cargo estructurado en la infracción de estos preceptos está llamado a prosperar.

Pasa ahora la Sala a estudiar el segundo cargo relativo al alegado exceso de la potestad reglamentaria de los incisos 2º y 3º del artículo 6º del decreto 1436 de 1998 al incluir por vía reglamentaria unas reglas sobre la adjudicación y el término de vinculación del intermediario de seguros con la entidad estatal.

2. La libertad contractual como faceta de la autonomía de la voluntad garantizada por la ley 80 de 1993

Según la demanda no es factible por vía reglamentaria limitar la duración de la vinculación del corredor de seguros con la entidad estatal, al condicionarla a la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados con su intervención como tampoco disponer que en ningún caso la entidad contratante puede tener más de dos intermediarios para el manejo de su plan de seguros.

Al respecto invocaron lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 80 que al señalar el contenido de los contratos consagra en su entender *“la libertad de la entidad contratante para definir el contenido del contrato a celebrarse, siempre y cuando con ello no se contraríen normas de orden público, y que entre tales contenidos está incluido el plazo de dicho contrato, es a la entidad contratante a quien le corresponde establecer cuánto durará la vinculación del intermediario de seguros con la entidad estatal como parte de su deber de selección objetiva y por lo tanto por vía de reglamentación administrativa no puede procederse a coartar la posibilidad de la entidad pública de definir las condiciones generales del contrato”*.

Y añadieron que *“[e]n legítimo desarrollo del principio de economía procesal consagrado en el artículo 25 de la ley 80 de 1993, principio básico de la actividad de contratación de entidades públicas, la entidad contratante puede decidir que*

realizar un solo proceso de selección de un corredor de seguros y mantener a dicho corredor como asesor integral de todos los seguros que necesite le resulta menos oneroso que someter la duración de los contratos con el intermediario a la duración de los seguros contratados y tener que realizar un procedimiento de selección cada vez que se precise de la contratación de nuevos seguros, de igual manera, puede considerar que, dada la especialidad de los distintos ramos de seguros que debe contratar, necesita contratar varios corredores especializados de seguros simultáneamente”.

Tal y como señalan los demandantes, la Ley 80 de 1993 -al regular el contenido del contrato estatal- defirió en su artículo 40 a lo previsto por las normas civiles y comerciales, a tiempo que previó que las entidades pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que se requieran, por supuesto, para el cumplimiento de los fines del Estado. En consonancia con este canon legal, pueden citarse -entre otros- los artículos 13, 23, 28, 32 y 46 *eiusdem*.

Estas previsiones legales entrañan el reconocimiento positivo, como ha reconocido una y otra vez la Corte Constitucional, de la prevalencia de la **autonomía de la voluntad** para la celebración de contratos por las entidades estatales¹⁶, como principio nuclear de las relaciones negociales del Estado.

En efecto, uno de los pilares decisivos de las convicciones compartidas en occidente es la autonomía personal¹⁷, que en materia contractual se revela en el postulado kantiano de la **autonomía de la voluntad o autonomía privada**¹⁸, conforme al cual de la libertad se desprende que el hombre sólo se obliga por su propia voluntad, o lo que es igual, se trata de la manifestación de la voluntad dirigida de manera conciente y reflexiva a la producción de efectos jurídicos¹⁹. De

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 154 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara, Sentencia C 230 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell, Sentencia C 154 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Sentencia C 949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ Cfr. *Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte*, en VVAA Ideas políticas, filosofía y derecho, *Liber amicorum* en homenaje a Alirio Gómez Lobo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, p. 303 y ss.

¹⁸ “cuando se habla, como es usual entre nosotros, de ‘autonomía de la voluntad’, no deja de incurrirse en algún equívoco. Porque el sujeto de la autonomía no es la voluntad sino el individuo, la persona, como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo –función de voluntad- sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad, el querer, es un requisito indudable del acto de autonomía que ha de ser simple, libre y voluntario”: DIEZ PICASSO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I., Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 387.

¹⁹ Cfr. CARBONNIER, Jean *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II El derecho de las obligaciones y la situación contractual, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 114 y ss.

ahí que ésta no sea sólo un parámetro de vida en sociedad sino también fuente de los derechos subjetivos (arts. 1495 y 1602 del C.C.) y base de la interpretación de los contratos (art. 1618 C.C.).

Si se recurre al espíritu de la ley 80, para determinar su alcance a partir del **elemento histórico** (*voluntas legislatoris*), esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, se tiene que la intención del legislador fue siempre la de reivindicar el citado postulado de la autonomía de la voluntad. Así se desprende de los trabajos preparatorios de la Ley 80 de 1993 en los que dimana la clara intención de *“devolver al contrato estatal las connotaciones que le son propias...[s]e trata como ya se ha indicado, del postulado de la autonomía de la voluntad...”*. En efecto, el autor de la iniciativa legislativa en la exposición de motivos indica claramente que ésta busca:

“recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esa razón se reconoce en los artículos 13 y 34 del proyecto la plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual.

En particular esa remisión obedece al reconocimiento del principio de la normatividad de los actos jurídicos, corolario indefectible del postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual las manifestaciones de voluntad de los contratantes se transforman en ineludibles normas jurídicas, las que incluyen el sello de obligatoriedad de sus propios actos

‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes’, establece el artículo 1602 del Código Civil, en el cual se plasma el poder vinculante del acuerdo contractual. De ese principio se desprende la invocación genérica que se hace de las normas comerciales y civiles en sus distintas manifestaciones, es decir, en primer término de las normas imperativas, que contienen disposiciones de orden público, y en segundo lugar de las normas supletivas cuyo propósito es regular las actividades cuando los contratantes no han determinado las reglas a las que se someterán o lo han realizado de manera defectuosa o insuficiente.

(...) De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual descansa sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro

está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación administrativa resulta ser un valor de importancia significativa.”²⁰ (subraya la Sala)

En la misma línea la ponencia conjunta para primer debate al proyecto de ley No. 149 de 1992 *“Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública”* a la sazón la ley 80 del año siguiente, ilustra el punto en los siguientes términos:

“Autonomía de la voluntad. Consensualidad.

Como se señala en la exposición de motivos del gobierno, la plena aplicabilidad de los preceptos del derecho privado, se convierte en la principal consecuencia de la instauración del postulado de la autonomía de la voluntad como principio cardinal en la contratación estatal (artículos 13 y 14), salvo, como es obvio, las materias que por pertenecer al ámbito público no pueden quedar al arbitrio de las partes.

(...) No parece encontrarse mejor instrumento que la autonomía de la voluntad para alcanzar los principios que fundamentan constitucionalmente la función administrativa (artículo 209 C.N.). La celebración de contratos por esencia pertenece a ella independientemente de la rama del poder público que los acometa.

Por ello, debe resaltarse la importancia que tiene el punto que nos ocupa, como quiera que constituye parte esencial de la estructura del proyecto. En efecto, la consagración del postulado de la autonomía produce consecuencias diametralmente opuestas a las que se derivan de un régimen como el implantado en el Decreto 222 de 1983, caracterizado por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un estado paquidérmico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia en su gestión, carente de mecanismos ágiles de solución de las controversias contractuales, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales.”²¹ (subrayas fuera de texto original)

En sentido similar se pronunció el Ponente en segundo debate del Senado el Senador Gustavo Espinosa Jaramillo quien indicó que “[s]e trata de dinamizar los

²⁰ BENDECK OLIVELLA, Jorge, exposición de motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992 en Gaceta del Congreso No. 75, 23 de septiembre de 1992.

²¹ ESPINOSA JARAMILLO, Gustavo, LATORRE GÓMEZ, Alfonso y RUEDA GUARÍN, Tito Edmundo, Ponencia para primer debate de Senado y Cámara, Al proyecto de ley número 149, por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública, en BETANCUR CUARTAS, Jaime, Estatuto General de la Contratación Pública, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 9ª edición, p. 174 y 175.

procesos de contratación estableciendo un adecuado equilibrio entre autonomía de la voluntad y potestades excepcionales, por una parte y entre libertad de gestión y mayor responsabilidad, por la otra”²². Asimismo, en la ponencia para segundo debate de la Cámara los Representantes Héctor Anzola Toro, Coordinador de Ponentes, Jorge Ariel Infante Leal, Edgar Papamija Diago, Luis Fernando Almarío R. y Raúl Rueda Maldonado pusieron de presente que:

“[e]n su contenido se da un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de las potestades excepcionales del Estado. Se trata de una normatividad que busca que el servidor público pueda desplegar toda su capacidad de innovación, gestión y administración para el cabal cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad pública a su cargo, con un claro y severo régimen correlativo de responsabilidad”²³.

Autonomía de la voluntad que había sido reconocida por la jurisprudencia administrativa, mucho antes de su consagración expresa en la ley 80 como “*núcleo esencial del negocio jurídico*”²⁴, en sus diversas manifestaciones. Importa para el asunto *sub lite* sólo resaltar la concerniente a la **libertad negocial**, norma medular del régimen de las obligaciones, según la cual las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar también condiciones negociales particulares, conforme al art. 1602 del CC., ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las prestaciones.²⁵ Por manera que como en el derecho común,

²² En BETANCUR CUARTAS, Jaime, Estatuto ...*op Cit.* , p. 186.

²³ Cfr. BETANCUR CUARTAS, Jaime, Estatuto ...*op. Cit.* , p. 192.

²⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de julio 2 de 1998, C. P. Daniel Suarez Hernández, Referencia: Expediente No. 11.818, Actor: Julio Hernán Barrera Sandoval, Demandado: Municipio de Susacón. Se puede consultar asimismo las siguientes providencias de la misma Sección: Sentencia de 16 de febrero de 1984, exp. 2509, Actor Cadavid y Herrera Ltda., C.P. José Alejandro Bonivento; Sentencia de 18 de junio de 1992, C. P. Daniel Suárez Hernández, Referencia: Expediente No. 6579, Actor: Pérez y Duque Limitada; Auto de 24 de marzo de 1994, Rad. 9354, Actor Fundación Fundar, Demandado I.S.S., C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia de octubre 5 de 1.994, Ref: Expediente No. 8223 Indemnizaciones, Actor: Jaime Sanclemente S, Demandada: Departamento del Cauca; Sentencia de noviembre 27 de 1995, C. P. Juan De Dios Montes Hernandez, Expediente No. 8791 Actor: Sociedad Comercializadora "Tequendama Limitada" Demandada: Junta Directiva de la Empresa de Energía De Bogotá; Sentencia de septiembre 7 de 1998, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Ref.: Expediente No. 10.660, Actor: Ingeniería y Telemática G & C. Ltda., Demandado: Municipio de Valledupar; Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119), Actor. Sociedad Castro Tcherassi Y Compañía Ltda., Demandado: Instituto Nacional de Vías, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Ver igualmente CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de febrero 20 de 1975, Rad. 953, C.P. Luis Carlos Sáchica.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Sentencia de octubre 15 de 1997, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Ref. Expediente No. 11212, Actor. Sociedad Jaime Solano Salas E Hijos Ltda., Demandado. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

la Administración también puede pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario²⁶.

Huelga decir que como en el derecho común, la autonomía de la voluntad, en el contrato estatal también está limitada por el derecho positivo, sólo que en este caso el legislador está movido por un móvil particular: el reconocimiento de la función administrativa contractual. De modo que este principio no es absoluto y así lo ha reconocido de vieja data la Sala, sobre la base de que ésta no puede contravenir normas con fuerza de ley²⁷, de donde la capacidad de autodeterminación de los sujetos contratantes en principio sólo puede ser limitada por la ley²⁸.

En definitiva, no es que la **autonomía contractual** sea concebida como un poder ilimitado en virtud del cual las partes puedan arbitrariamente definir la totalidad del contenido negocial, sino que este puede ser restringido pero **únicamente por el legislador**, con arreglo a lo previsto por los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993. Así lo puso de relieve la exposición de motivos de la ley 80 de 1993:

“Resulta pertinente reiterar que la libertad contractual que se ha predicado no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio interés público, en cuanto que el contrato contendrá cláusulas excepcionales al derecho común; se encuentra limitada también respecto de la escogencia del contratante, ya que la administración pública no goza de plena libertad para elegirlo, salvo algunos eventos en razón del proceso de selección que debe cumplirse. También se presentan límites que tienen que ver con la forma en que el Estado compromete su voluntad, es decir, referentes a la competencia. De lo señalado se puede concluir que el postulado de la autonomía no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público, en razón del interés colectivo que los fundamenta. Son esos límites los que exigen la normatividad contenida en el proyecto de ley”²⁹ (se subraya)

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, C. P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Sentencia de 13 de mayo de 1988, Ref: Expediente N° 4303, Contratos, Actor: Urbanizadora Villa Alicia.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Auto de agosto 23 de 1991, Ref.: Expediente No. 6582, Actor: Consorcio Escandón Manby y Cía. Arquitectos - Alberto Antonio Zúñiga Caballero, C. P. Daniel Suarez Hernández.

²⁸ Por excepción la regulación administrativa, especialmente de contenido económico, puede suponer en ocasiones la limitación de este postulado, como es el caso de la normatividad propia de la intervención económica a cargo del Estado.

²⁹ BENDECK OLIVELLA, Jorge, exposición de motivos...op. cit.

Con esta perspectiva, y en relación con los límites a la autonomía contractual en contratación estatal, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptuado que:

“el concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las parte [sic] del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las parte [sic] que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediabilmente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado.”³⁰ (destaca la Sala)

Lo dicho da base suficiente para subrayar que cuando los incisos 2º y 3º del artículo 6º del decreto 1436 de 1998 establecen, sin fundamento legal alguno, limitaciones en cuanto al número de intermediarios de seguros que puede tener una entidad estatal, así como restringen el límite temporal de la vinculación del intermediario desbordan con creces el ámbito reducido de la potestad reglamentaria y atentan contra la libertad negocial, como una de las facetas características de la autonomía de la voluntad, que como se indicó tiene su sustento expreso en los artículos 40 y 32 de la ley 80 de 1993, arriba citados.

No debe perderse de vista que la **potestad reglamentaria** que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente³¹ bajo una **concepción eminentemente finalística**: “*para la cumplida ejecución de las leyes*” (art. 189.11

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto de abril 6 de 2000, Radicación: 1.263. En sentido similar ver Concepto de 25 de abril de 2002, Rad. 1417, C.P. Susana Montes de Echeverri.

³¹ Dicho criterio era también el que adoptó la Constitución de 1886 en su artículo 120.3

CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al Gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (la cumplida ejecución de la ley), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley.

Lo anterior indica que so pretexto de reglamentar la Ley 80 no era posible incorporar limitaciones a la autonomía contractual que ésta prohíja, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes, pues de antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad **el ejecutivo no se convierte en legislador**, sino en guardián de los mandatos del legislador³², de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

Síguese de todo lo anterior que merced a la ilegalidad manifiesta de los incisos 2º y 3º del artículo 6º del decreto 1436 de 1998 demandado, éstos serán anulados, dada su evidente contradicción con lo dispuesto por los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993, que consignan la autonomía de la voluntad como criterio medular de los negocios jurídicos estatales.

En tal virtud, la Sala acoge parcialmente el concepto de la Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación, en tanto estos preceptos al limitar el número de intermediarios que puedan participar como asesores el decreto rebasaron el marco contractual y limitaron, sin fundamento legal, la gestión estatal, máxime cuando el Estatuto de Contratación Estatal no impone una restricción de semejante naturaleza. También se comparte su criterio en cuanto afirmó que no podía válidamente el Presidente establecer limitaciones con relación a la duración de los contratos de intermediación de seguros, toda vez que se trata de una

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.

potestad radicada exclusivamente en las entidades públicas, en desarrollo de la libertad negocial de que gozan.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- DECLÁRANSE NULOS los artículos 3º y 4º e incisos 2º y 3º del artículo 6º del decreto 1436 de 1998.

SEGUNDO.- INHÍBASE respecto de las demás disposiciones del decreto 1436 de 1998, por inepta demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESEY CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR