

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN – Nulidades contractuales – Nulidad adjudicación – Procedencia

Una entidad estatal realizó un proceso de licitación pública para la contratación de los seguros que habrían de amparar sus bienes. Los contratos que representaban mayor valor fueron adjudicados a una compañía aseguradora que no había cumplido con algunos de los requisitos exigidos en el pliego –en especial, demostrar que tenía respaldo de reaseguros en un 30% del valor del riesgo– y que obtuvo una calificación inferior a la de otro proponente en esos ramos. No obstante dentro del proceso se acreditó también que la aseguradora demandante no acreditó en la licitación estar inscrita dentro del registro de proponentes [...] las pruebas recaudadas en el proceso indican claramente que Seguros Atlas no cumplió con la exigencia comprendida en el pliego de condiciones de acreditar que los ramos objeto de la licitación estaban reasegurados en un 30%, [...] la propuesta de Seguros Atlas ha debido ser descalificada por no cumplir con un requisito de la mayor importancia, impuesto claramente en el pliego de condiciones [...] de acuerdo con las calificaciones obtenidas la Sala encuentra que han debido adjudicársele a La Previsora S.A. [...] la Sala advierte que la calificación incorporaba factores que fueron ignorados por la entidad al adjudicar en función de los ramos, puesto que las calificaciones obtenidas por los conceptos financiero, administrativo y de reaseguros resultaron también favorables a La Previsora y no a Seguros Atlas [...] el dictamen pericial practicado en el proceso es prueba suficiente de que el demandante presentó la mejor propuesta, de suerte que el requisito jurisprudencial referido se encuentra satisfecho [...] la Sala, habida consideración del incumplimiento advertido respecto de la exigencia de certificar los reaseguros por cada ramo en un 30%, declarará la nulidad de la resolución n.º 1327 de 1994 del ICEL en todo aquello que atañe a la adjudicación de contratos a la compañía Seguros Atlas, porque el acto administrativo demandado no se sustentó en la norma en que ha debido hacerlo, esto es, en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00469-01(20629)

Actor: LA PREVISORA S.A.

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGÍA ELÉCTRICA ICEL

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - CONTRACTUAL

La Sección Tercera, Subsección “B”, del Consejo de Estado, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 15 de junio de 2001, dictada por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sala de Decisión, Sección Tercera, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

Una entidad estatal realizó un proceso de licitación pública para la contratación de los seguros que habrían de amparar sus bienes. Los contratos que representaban mayor valor fueron adjudicados a una compañía aseguradora que no había cumplido con algunos de los requisitos exigidos en el pliego –en especial, demostrar que tenía respaldo de reaseguros en un 30% del valor del riesgo– y que obtuvo una calificación inferior a la de otro proponente en esos ramos. No obstante dentro del proceso se acreditó también que la aseguradora demandante no acreditó en la licitación estar inscrita dentro del registro de proponentes

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1 El 2 de diciembre de 1994, La Previsora S.A., Compañía de Seguros, presentó demanda en contra del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica “ICEL”, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (f. 2–16, c. 1).

1.1 Los hechos sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así: *(i)* El ICEL abrió la licitación pública n.º DG-001-94 para la contratación de diferentes pólizas de seguro, a la cual se presentaron cuatro proponentes, entre ellos, La Previsora y Seguros Atlas, cuyos valores totales correspondían, respectivamente, a \$664 189 738 y \$588 488 339; *(ii)* de conformidad con los criterios de evaluación comprendidos en el pliego de condiciones, la entidad calificó con mayores puntajes a La Previsora en todos y cada uno de los ramos, razón por la cual ha debido serle adjudicado el contrato en forma global, o ramo por ramo, con excepción del de transporte de valores en el que fue mejor calificado Seguros Atlas; *(iii)* el pliego exigía que los proponentes certificaran la colocación de reaseguros por el 30% en cada uno de los ramos, pero la propuesta de Seguros Atlas, respecto de los ramos de incendio y rotura de maquinaria, certificó el respaldo de reaseguro en un porcentaje inferior; *(iv)* la entidad adjudicó los ramos que significaban mayor valor de primas (incendio, rotura de maquinaria, equipo eléctrico y electrónico -centrales- y sustracción) a Seguros Atlas S.A., y los de menor valor (equipo eléctrico y electrónico -oficinas-, automóviles, SOAT, manejo, grupo vida, grupo vida deudores, transporte de mercancías y transporte de valores) a La Previsora.

1.2 Las pretensiones comprenden las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: Que es nula e inaplicable la resolución proferida por el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGÍA ELÉCTRICA "ICEL" a través de su Director General, distinguida con el número 001327 de 27 de julio de 1994, mediante la cual se adjudicaron a la sociedad Seguros Atlas S.A. y La Previsora Compañía de Seguros S.A. un contrato de seguro.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración deben ser restablecidos los derechos de la sociedad demandante "La Previsora Compañía de Seguros S.A." conculcados con dicho acto, para efectos de lo cual el INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGÍA ELÉCTRICA "ICEL" deberá pagar todos y cada uno de los perjuicios ocasionados a La Previsora. Compañía de Seguros S.A., por no habersele adjudicado el objeto de la licitación pública nacional n.º DG-001-94, teniendo derecho a ello por haber presentado la propuesta más favorable conforme a los factores y criterios señalados en el pliego de condiciones, perjuicios que deberán comprender el daño emergente y lucro cesante. Estos perjuicios serán los que se demuestren en el curso del proceso o los que se establezcan y fijen de acuerdo con los trámites establecidos por el artículo 172 y ss del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, sumas de dinero que devengarán intereses y serán ajustadas conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y canceladas dentro de los términos previstos por los artículos 176 y 177 ibídem.

1.3 A título de argumentos de derecho, la demanda indica que: (i) se vulneró el numeral 1.7 inciso final del capítulo I del pliego de condiciones y el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, porque la propuesta de Seguros Atlas "se separó en aspectos fundamentales y variados de los requerimientos técnicos y económicos del pliego"; (ii) se vulneró el numeral 1.12 del capítulo I del pliego de condiciones y el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, puesto que la propuesta de Seguros Atlas S.A. "contenía modificaciones a los formularios anexos al pliego de condiciones y adolecía en partes fundamentales de la información solicitada y, particularmente omitió anexar los documentos que debían acreditar el respaldo en reaseguro"; (iii) se vulneró el numeral 1.14 del pliego y el principio de economía de la Ley 80 de 1993, puesto que se adjudicó el contrato al proponente, Seguros Atlas, que tenía la más baja calificación, en lugar de a quien tenía la más alta, La Previsora; (iv) se violó el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque el representante de la entidad "actuó con abuso de poder al omitir el cumplimiento de las disposiciones del pliego y del estatuto de contratación"; (v) se violó el inciso 1º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, puesto que el ICEL obró en contra de los intereses del Estado al alterar las reglas de la licitación y adjudicar a un proponente que no cumplía con ellas y al mismo tiempo, al abstenerse de adjudicar a quien resultó mejor calificado.

II. Trámite procesal

2 El Tribunal de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto del 6 de abril de 1995 (f. 22–23, c. 1) y ordenó que se vinculara al proceso a Seguros Atlas S.A. por tener un interés directo en el resultado del proceso.

2.1 En la contestación de la demanda, ICEL aceptó unos hechos y afirmó respecto de los demás que se atenía a lo que se probara en el expediente. Indicó que la pretensión de nulidad no debía prosperar porque la resolución n.º 001327, a través de la cual se adjudicó el contrato, *“se expidió de conformidad con las disposiciones legales vigentes, de acuerdo con la evaluación que se hizo sobre la licitación pública DG-001-94 y con las recomendaciones que sobre el particular formuló el Comité de Licitaciones y Adjudicaciones del Instituto”*. Presentó la excepción de *“incompetencia de jurisdicción”*, sobre la base de que el ICEL es una empresa industrial y comercial del Estado cuyos actos se someten a las normas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, así como también en atención a que *“la actividad de asegurar los bienes de la entidad es una gestión propia de esta clase de empresas que en ningún momento se puede identificar o confundir con una función de carácter administrativo que haya sido expresamente asignada por la ley y que por lo tanto fuera susceptible de ser calificada como acto administrativo”* (f. 39–42, c. 1).

2.2 En la contestación de la demanda, Seguros Atlas S.A., aceptó unos hechos, afirmó que otros no eran ciertos y se opuso a las pretensiones. Indicó que: (i) algunos de los aspectos de la evaluación técnica y económica calificaban mejor a Seguros Atlas S.A. que a La Previsora, y que en el puntaje promedio general las dos compañías eran *“sensiblemente iguales”*; (ii) que Seguros Atlas cumplió la totalidad de los requisitos para presentarse en la licitación y que, por el contrario, La Previsora *“no aportó el certificado de su existencia y representación legal como aseguradora en seguros de personas, ni registro de proponentes”*; (iii) que la propuesta de Seguros Atlas reflejaba *“un considerable menor costo para el asegurado con una cobertura igual o superior a la ofrecida por una propuesta más costosa”*; (iv) de acuerdo con la evaluación legal de la propuesta de Seguros Atlas *“el requisito del reaseguro fue cumplido”*; además esta aseguradora adjuntó *“certificaciones de reaseguradores”*, mientras que La Previsora *“solo presentó certificaciones de corredores de reaseguros”*; (v) de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, se escogió el ofrecimiento más favorable a la entidad, es decir, el de Seguros Atlas (f. 45–57, c. 1).

3 El Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sala de Decisión, Sección Tercera, profirió sentencia el 15 de febrero de 2001, a través de la cual declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y denegó las pretensiones de la demanda. Consideró que: (i) la jurisdicción contenciosa administrativa debía conocer del asunto, puesto que, no obstante la naturaleza de empresa industrial y comercial de la entidad demandada, corresponde a esta jurisdicción la decisión judicial respecto de un conflicto que se suscita acerca de un contrato estatal y de los actos previos a su celebración; (ii) el cargo del demandante, consistente en que la asignación de la mayor parte de los contratos de seguro ha debido hacerse a favor de La Previsora porque tenía el mejor puntaje, no da lugar a la nulidad del acto de adjudicación del contrato porque: a) dentro de los pliegos se expresaban, además del puntaje, otros factores de evaluación, como *“las tasas y primas más favorables”*; b) la evaluación técnica realizada por la entidad sugirió que se adjudicara a Seguros Atlas, con base en que algunos de los riesgos que presentaban poca siniestralidad tenían en su propuesta un valor por concepto de primas más favorable que el de La Previsora; c) no se trató de una adjudicación caprichosa o arbitraria, en tanto que la oferta más favorable resultó ser la de Seguros Atlas *“porque le permitió un ahorro a dicha entidad en cuantía aproximada de \$75'000.000”*; (iii) el cargo consistente en la supuesta inobservancia de Seguros Atlas de las especificaciones técnicas tampoco prospera, porque el acta del comité de adjudicaciones y licitaciones lo calificó positivamente al respecto, así como también lo hizo en relación con los reaseguros; (iv) en el mismo sentido, *“la pretensión de nulidad por este aspecto sólo podría tener éxito con el aporte al proceso de la propuesta presentada por Seguros Atlas S.A. o un dictamen pericial en esta materia”*, cuestiones que se echan de menos en el expediente (f. 173–183, c. ppl.).

4 En contra de la sentencia, la parte demandante presentó recurso de apelación con base en los siguientes argumentos: (i) *“la calificación de las propuestas se hace por puntaje y el puntaje incluye, como se ha visto, todos los factores posibles, incluido el factor económico o de costo, el cual supone, en el caso de pólizas de seguro, examinar no solo el valor de la prima propuesta sino el valor de los cubrimientos ofrecidos, ya que bien puede ser menor el valor de la prima ofrecida por una póliza de seguro, si ese menor valor se fundamenta en que los amparos resultan ser más restringidos o inexistente frente a la de mayor valor”*; (ii) la falta de la propuesta de Seguros Atlas dentro del expediente obedece al ocultamiento deliberado de su texto completo por parte de la entidad demandada, situación frente a la cual el Tribunal ha debido aplicar el artículo 285 del C.P.C que establece que en estos casos se tendrán por acreditados los hechos que se

proponía probar; (iii) el dictamen pericial y la declaración del representante legal de la entidad demandada, claramente acreditan *“que la oferta de Seguros Atlas no se acomodó a varios requerimientos del pliego”*, especialmente, a lo que concernía a los reaseguros; (iv) como consecuencia de lo anterior, la decisión del Tribunal a quo es errada, pues ha debido adjudicarse a La Previsora y, por tal razón deben prosperar las pretensiones (f. 196–204, c. ppl.).

5 El Ministerio Público rindió el concepto correspondiente, a través del cual pidió que se revocara la decisión impugnada y que, en su lugar, se accediera a las súplicas de la demanda. Lo anterior con base en que: (i) el puntaje final de las propuestas representaba la evaluación de todos los factores comprendidos en los pliegos y, dado que el puntaje que obtuvo La Previsora fue el más alto, ha debido adjudicársele; (ii) en tal sentido, al adjudicar a Seguros Atlas solo se tuvo en cuenta *“el costo de la oferta”*, es decir exclusivamente uno de los factores, *“lo que implicó dejar de lado las reglas de la licitación contenidas en el pliego de condiciones”*; (iii) además, se tomó en cuenta la siniestralidad, la cual *“no estaba contemplada como factor dentro de las reglas indicadas en el pliego”*; (iv) de acuerdo con lo anterior, *“la resolución acusada se encuentra viciada de nulidad, toda vez que con tal acto administrativo se infringió el pliego de condiciones y, de contera, la Ley 80 de 1993”*; (v) acerca del supuesto incumplimiento de las exigencias del pliego, *“quedó demostrado que efectivamente Seguros Atlas no cumplió con el requisito de certificar la colocación de reaseguros, por lo menos en punto al seguro de incendio y rotura de maquinaria”*, razón por la cual tampoco era viable la adjudicación del contrato a su favor (f. 211–240, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con vocación de segunda instancia ante esta Corporación. Conforme al Decreto 597 de 1988 –aplicable en el *sub examine*–, la cuantía exigida en 1994 era de \$9 610 000 y en este caso los perjuicios demandados ascendían a \$664 189 738.

6.1 Ha de considerarse también que el acto administrativo objeto de este proceso fue notificado al demandante el 4 de agosto de 1994 (f. 26, c. 3) y que la demanda

se presentó el 2 de diciembre de ese año, es decir, antes de que expirara el término de caducidad correspondiente. Las normas aplicables al asunto están comprendidas en el Decreto 2304 de 1989, modificatorio del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984–, en lo que hacía relación a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y a la de controversias¹. En concordancia con estas normas, se aprecia que la Ley 80 de 1993 expresó en el parágrafo 1º del artículo 77 que: *“El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”*².

6.2 Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera, ha señalado:

*En el caso que hoy ocupa a la Sala, se demanda la nulidad del acto por medio del cual se adjudicó un contrato, poniendo fin a un proceso licitatorio, que fue convocado y adelantado, hasta su finalización, en vigencia del Decreto 2304 de 1989 y de la Ley 80 de 1993 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998. Se concluye, entonces, que la acción procedente para hacer efectiva la pretensión mencionada era la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad era de cuatro meses, contados a partir de la comunicación de la decisión cuestionada.*³

II. Hechos probados

7 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se hallan en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que resultan de mayor relevancia para

¹ “Artículo 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.” “Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales. El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”

² “Artículo 77. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. (...) Parágrafo 2º. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.”

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente n.º 12.826, C.P. Alier E. Hernández Enríquez

resolver los problemas jurídicos que con posterioridad se plantean, se pueden presentar de la siguiente forma:

7.1 El ICEL, a través de Resolución n.º 510 del 29 de abril de 1994 abrió la licitación pública n.º DG-001-94, cuyo objeto comprendía la *“contratación de pólizas de los seguros para el cubrimiento de riesgos de los bienes, activos e intereses del ICEL”* (copia auténtica de la Resolución n.º 1327 de 1994, f. 19-114, c. 2).

7.2 El pliego de condiciones de fecha 17 de mayo de 1994 (original, f. 19 – 114, c. 2) comprendía, entre otras, las siguientes disposiciones:

1.12 Documentos y requisitos para considerar la propuesta (...)

La propuesta debe contener toda la información solicitada y anexar los siguientes documentos: 1) Un índice de la información solicitada. 2) Carta remisoría de la propuesta, según anexo, firmada por el representante legal de la firma. 3) Original de la garantía de seriedad de la propuesta, en la cual el oferente debe aparecer como afianzado, acompañada del recibo de pago de la prima correspondiente, en la cuantía y con las vigencias indicadas en el presente pliego de condiciones. 4) Certificado de Cámara de Comercio en donde conste la existencia de la sociedad, objeto, duración representante legal y facultades del mismo. 5) Certificado de Superintendencia Bancaria donde mencionen la existencia y representación legal de la sociedad y la autorización de funcionamiento en los seguros que se están solicitando en la presente licitación. 6) Certificación de visita al sitio de los activos, expedido por el ICEL. 7) Copia del recibo expedido por la tesorería del ICEL en el que conste el pago del pliego de la presente licitación. 8) Formularios de la propuesta debidamente diligenciados, en los cuales deberá dejarse expresamente la constancia de no aceptación de una o varias coberturas, condiciones particulares y cláusulas solicitadas en este pliego de condiciones; en caso contrario se dará por entendida la aceptación de estas en su totalidad. 9) Cuadros de especificaciones técnicas debidamente diligenciados. 10) Las pólizas propuestas, con sus anexos y cláusulas especiales con la correspondiente aprobación o constancia de remisión a la Superintendencia Bancaria, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 45 de 1990. 11) Certificado de la colocación del reaseguro en los ramos involucrados en esta licitación, con compañías reaseguradoras conocidas internacionalmente que respalden a la compañía en este tipo de coberturas (mínimo 30%). Las aseguradoras oferentes deberán incluir en sus propuestas copias de la nota de aceptación de los reaseguradores líderes de sus contratos facultativos, en el sentido de que asumirán los reaseguros correspondientes a los seguros objeto de la presente licitación y la lista de los principales reaseguradores y de sus contratos automáticos. El ICEL se reserva el derecho de rechazar aquellos que en su concepto no llenen los requisitos de capacidad técnica, financiera y de servicios, que a su juicio se requieran para su real cobertura. 12) Balance general, Estado de pérdidas y ganancias y

Margen de solvencia al 31 de diciembre de 1993. 13) Organigrama y personal directivo. 14) Cinco certificaciones de atención en negocios similares en volumen y características.

1.14 Criterios de comparación de las propuestas

(...)

El ICEL efectuará el análisis de las propuestas para adjudicar el programa de seguros al oferente cuya propuesta sea más favorable para el ICEL y tenga el mayor puntaje y esté ajustada al pliego de condiciones de la Licitación Pública Nacional n.º DG-001/94. Se tendrán en cuenta los siguientes factores: Las pólizas de seguros y los anexos correspondientes requeridos para amparar los activos, bienes e intereses del ICEL; el cumplimiento de las condiciones del pliego; las tasas y primas más favorables, la sujeción al margen de solvencia y respaldo de reaseguros. Estos aspectos serán calificados teniendo en cuenta el método de puntos asignados a cada uno de los siguientes factores:

Factor técnico y económico: Las tasas y primas a pagar, aplicando para cada caso los deducibles, descuentos, modalidades de aseguramiento que propongan los oferentes, alcance de las coberturas y cláusulas ofrecidas, límites de indemnización, exclusiones. Puntos 50.

Factor financiero: Excedentes del margen de solvencia y patrimonio técnico. Puntos 20

Factor administrativo: Capacidad técnica y operativa, cumplimiento de contratos con otras entidades. Puntos 15

Factor reaseguros: Respaldo demostrado en reaseguros. Puntos 15

1.20 Adjudicaciones parciales

El ICEL se reserva el derecho de adjudicar parcial o totalmente la presente licitación (en ramos, en bienes o amparos).

7.3 Se presentaron cuatro ofertas: oferta n.º 1, La Previsora S.A.; oferta n.º 2, Seguros Atlas S.A.; oferta n.º 3, Colseguros S.A.; oferta n.º 4, Seguros Tequendama. La evaluación de las propuestas, de fecha 14 de julio de 1994 (original, f. 115–170, c. 2), descalificó las dos últimas propuestas referidas porque “no incluyeron los costos y condiciones para contratar el seguro de equipo eléctrico y electrónico para equipos de oficina”. En relación con las propuestas habilitadas para la adjudicación, consideró:

METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN

Teniendo en cuenta el numeral 1.14 del pliego de condiciones Criterios de Comparación de las Propuestas, la metodología utilizada para calificar los factores técnico y económico, financiero, administrativo y reaseguro es la indicada en el anexo n. 1 del informe de evaluación y que a continuación detallamos:

Factor técnico y económico

Está compuesto por los siguientes subfactores: 1. Tasa y/o primas y descuentos: 15 puntos; 2. Deducibles: 25 puntos; 3. Coberturas: 5 puntos; 4. Cláusulas adicionales. TOTAL 50

Para considerar el subfactor tasa y/o primas se otorgó el mayor puntaje a la oferta de menor valor o menor tasa y para cada una de las siguientes propuestas le corresponderá proporcionalmente los puntos, tomando como base la de menor valor al 100%. Para el subfactor de deducibles se otorgó el mayor puntaje a aquella propuesta que presentó los menores deducibles con cargo al asegurado y en proporción a esta se calificó la segunda propuesta. Para los subfactores coberturas y cláusulas adicionales, se tuvo en cuenta el número de coberturas y cláusulas en cada uno de los seguros y el mayor puntaje recayó en aquella propuesta que otorgó mayor número de coberturas y cláusulas, y proporcionalmente a esta la segunda propuesta.

Factor Margen de Solvencia

Este indicador financiero de requerimiento de la Superintendencia Bancaria, se calificó como la variación que sufrió al adicionarle el valor de la licitación que estamos evaluando. El mayor puntaje se otorgó a propuesta con menor variación en el margen de solvencia.

Factor Administrativo

Se tuvo en cuenta el cumplimiento que han mantenido las compañías de seguros en el sector público y privado y así mismo su organización administrativa.

Factor Reaseguro

El análisis para el factor de reaseguro se basó en el cumplimiento mínimo exigido en el pliego de condiciones sobre la colocación en un 30% del total de los riesgos haciendo énfasis en los seguros de incendio, rotura de maquinaria y equipo eléctrico y electrónico para centrales, subestaciones y equipos de oficina en los cuales se encuentra el mayor porcentaje de sumas aseguradas del ICEL. El análisis comparativo de la descripción de los anteriores factores lo podemos observar en cada uno de los cuadros adjuntos al igual que el resumen de propuestas y calificaciones de las mismas.

CONCLUSIONES

Como resultado del análisis de cada uno de los seguros y la calificación obtenida en cada uno de ellos el ICEL puede adjudicar en forma global a la aseguradora que obtuvo mayor puntaje o adjudicar en forma individual cada seguro teniendo en cuenta su mayor puntaje, sin embargo limitado a las observaciones generales en lo referente a los seguros de incendio, sustracción y equipo electrónico para centrales y subestaciones.

CUADRO n.º 1

RESUMEN COSTOS OFERTAS

RIESGO	OFERTA n.º 1 EN PESOS INCL. IVA	OFERTA n.º 2 EN PESOS INCL. IVA
Incendio	374.440.465	327.022.240
Rotura de maquinaria	237.759.465	197.219.832
Equipo eléctrico y electrónico (centrales)	13.200.270	12.913.308
SUBTOTAL (1)	625.400.200	537.155.388
Equipo eléctrico y	5.975.942	6.067.241

electrónico (oficinas)		
Automóviles	8.041.375	5.334.157
SOAT	518.600	542.710
Manejo	8.849.306	25.650.000
Sustracción	9.587.683	10.155.485
Grupo vida	4.711.356	2.783.652
Grupo vida deudores	1.105.276	719.714
Transporte mercancías	Tasas	Tasas
Transporte de valores	Tasas	Tasas
SUBTOTAL (2)	38.789.538	51.252.959
TOTAL (1) + (2)	664.189.738	588.408.339

CUADRO n.º 2
CALIFICACIÓN DE OFERTAS
TÉCNICO ECONÓMICO

CONCEPTO	OFERTA n.º 1	OFERTA n.º 2
Incendio	41.50	38.00
Rotura de maquinaria	46.00	33.00
Equipo eléctrico y electrónico plantas subestaciones y plantas móviles	38.00	47.50
Equipo eléctrico y electrónico (oficinas)	47.00	44.58
Automóviles	44.00	50.00
SOAT	50.00	50.00
Sustracción	49.00	23.00
Manejo global	48.00	29.00
Grupo vida	44.00	50.00
Grupo vida deudores	44.00	50.00
Transporte mercancías	48.00	40.00
Transporte de valores	25.00	44.00
A. Total puntaje técnico y económico (promedio aritmético)	43.71	41.58
B. Factor financiero (20). Margen de solvencia	20.00	15.00
C. Factor administrativo (15) Capacidad técnica y operativa (cumplimiento de contratos)	15.00	15.00
D. Factor reaseguros (15) Respaldo certificado	15.00	8.00
B + C + D	50.00	38.00
TOTAL (100%)	93.71	79.58

CUADRO n.º 4
CUMPLIMIENTO REQUISITOS LEGALES

DOCUMENTOS Y REQUISITOS		OFERTA n.º 1	OFERTA n.º 2
Registro de proponentes		NO	SI
Reaseguros	30%	SI	SI

colocación		
------------	--	--

7.4 El señor Gabriel Rozo, a través de comunicaciones escritas de fecha 3 y 8 de junio de 1994 (f. 321–324, c. 3), en cuyo membrete se advierte que obra en nombre de “La Colonense Corredores de Seguros Ltda., representando La Koinische Ruck Compañía de Seguros más antigua del mundo”, informó a Seguros Atlas S.A. que cubrirían los riesgos correspondientes al ramo de incendio hasta por un 19.00% (“Gracias por su amable comunicado REAS-097 del 23.5.94 sobre el asunto de la referencia, al respecto tenemos el gusto de informarles que la K.R. está dispuesta a participar para la vigencia 7.7.94/95 en este negocio hasta en un 19.00% del 100% equivalente este último a US\$ 32’004.998”); y que cubrirían hasta un 19% del ramo “RM”, es decir, rotura de maquinaria (“Gracias por su amable comunicado REAS – 097 del 23.5.94 sobre el asunto de la referencia, al respecto tenemos el gusto de informarles que la K.R. está dispuesta a participara para la vigencia 7.7.94/95 en este negocio hasta en un 19.00% del 100% equivalente este último a US\$22.001.320”).

7.5 En la sesión del 26 de julio de 1994 (copia auténtica del acta, f. 222–249, c. 2), el Comité de Licitaciones y Adjudicaciones de la entidad concluyó que se debía adjudicar el contrato en atención al mayor o menor grado de siniestralidad que por antecedentes históricos se podían ocasionar, y al valor de las primas que debían pagar. El análisis comprendió los siguientes puntos:

El puntaje obtenido por cada una de las ofertas es el siguiente:

<i>Oferta n.º 1 (La Previsora S.A.)</i>	<i>93.71 puntos</i>
<i>Oferta n.º 2 (Seguros Atlas S.A.)</i>	<i>79.58 puntos</i>

Su costo:

<i>Oferta n.º 1 (La Previsora S.A.)</i>	<i>\$ 664.189.738,00</i>
<i>Oferta n.º 2 (Seguros Atlas S.A.)</i>	<i>\$ 588.408.339,00</i>

La diferencia en costos entre las dos ofertas es de \$75.781.399,00.

... el Dr. URUEÑA pregunta si el puntaje otorgado a LA PREVISORA S.A. y a SEGUROS ATLAS S.A., es el producto de la suma de los puntajes correspondientes a ítems o capítulos, o si es un puntaje que no ha tenido este tratamiento; porque es importante, dado que conforme a los pliegos se puede hacer adjudicaciones parciales; de ahí que para hacer la adjudicación se requiere estudiar uno por uno los ítems calificados, para establecer y tener claros los criterios económicos y de conveniencia que primarán en la decisión, como que puede ocurrir que una propuesta aparentemente puede ser más favorable a la entidad, por el puntaje total adjudicado, y en realidad al descomponerse los puntajes puede darse si se observan por separado cada uno de estos puntajes, de manera que al hacerse adjudicaciones parciales se beneficie más a la entidad.

Al respecto la Dra. CLARA INÉS MOLINA B., responde que si se puede llevar a cabo por ítems, es así como la calificación global se

obtuvo de la calificación de cada uno de los ítems de los seguros que se van a contratar...

El Doctor JAIRO URUEÑA H., sugiere al Comité hacer la votación de dicha adjudicación ítem por ítem, siendo aprobada dicha sugerencia. Se proceden entonces al análisis de las propuestas ítem por ítem, teniendo en cuenta además los registros históricos de siniestralidad, para cada ítem y el valor de la prima que cada una tiene, definiéndose que aunque el deducible para los ítems correspondientes a Incendio, Rotura de Maquinaria, Equipos Eléctricos y Electrónicos (Centrales), en la propuesta n.º 2 presentada por Seguros Atlas S.A., es mayor que el presentado propuesta n.º 1 de la firma La Previsora S.A., el riesgo histórico de siniestralidad, como se definió anteriormente es menor, y que por lo tanto, es conveniente para el ICEL pagar una menor prima por el menor riesgo de siniestralidad que se tiene. Por esta razón el comité recomienda por unanimidad adjudicar estos seguros a la firma Seguros Atlas S.A.

De igual manera se analizan los ítems para los seguros de Equipo Eléctrico y Electrónico Oficinas, Automóviles, Soat, Manejo Global, Grupo Vida, Grupo Deudores, Transporte de Mercancías, Transporte de Valores y Sustracción, donde el riesgo de siniestralidad es mayor según se analizó anteriormente, recomendándose por conveniencia, adjudicar a LA PREVISORA S.A. estos seguros, cuya prima a pagar, es además menor.

Se considera la situación de la colocación de los reaseguros encontrándose que las dos propuestas tienen suficiente respaldo con los reaseguradores ofertados, y que por lo tanto garantizan el cumplimiento de las reclamaciones que por los diferentes conceptos se puedan presentar en el contrato de seguros.

7.6 Dentro del proceso rindió testimonio José Jairo Urueña Horta (f. 214–221, c. 2), quien a la fecha de la adjudicación se desempeñaba como Jefe de la Oficina Jurídica del ICEL y era el representante del Director de la entidad en la Junta de Licitaciones, el cual indicó respecto de la licitación de la referencia y de la decisión de adjudicar en la forma que se hizo lo siguiente:

Dentro de la discusión se consideró hasta donde recuerdo, la importancia que podía tener o no para el ICEL adjudicar la totalidad de los seguros a una sola firma o la adjudicación parcial en razón al riesgo cubierto confrontado con el valor que debía pagarse por la prima de cada seguro. Dadas las diferencias que presentaban desde el punto de vista económico las dos compañías aseguradoras opcionadas: LA PREVISORA S.A. y SEGUROS ATLAS S.A. Por eso se consultó a los asesores en seguros que teníamos y que mencioné antes para que nos aclarara dentro del estudio histórico que habían hecho de siniestralidad, el riesgo que podía tenerse si se adjudicaban seguros en determinado ítems que su cubrimiento fuera menor pero que al tiempo significaría una diferencia económica ostensible e importante en la erogación que por pago de la prima debería hacer el ICEL y que según recuerdo aproximadamente oscilaba entre los 70 y los 75 millones para el primer año de seguros con el incremento que ésta pudiera tener para el segundo año de seguros contratados y conforme a lo licitado, sumas ésta que se ahorraría el ICEL y que en los dos años equivaldría

aproximadamente a 155 a 160 millones de pesos. Los asesores nos explicaron en su evaluación y lo reafirmaron en el Comité de Licitación que durante los últimos años la siniestralidad en determinado sitio no se había dado como que alcanzaba si mal no recuerdo a unas cinco reclamaciones, que para el ICEL significaba aproximadamente 45 o 50 millones de pesos que con los deducibles obligaban a pagar a las compañías aseguradoras entre 35 y 40 millones anuales, que comparados con los 75 millones de diferencia que se ahorraría el ICEL en el pago de la prima significaría un ahorro para la entidad. Esos fueron más o menos los criterios que se tuvieron con el auxilio de los especialistas en seguros para hacer las recomendaciones dirigidas a las adjudicaciones de esos seguros”

7.8 En consecuencia, mediante la Resolución n.º 1327 de 1994 (copia auténtica, f. 172 – 175, c. 2), el Director General del ICEL resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: Adjudicar a LA PREVISORA S.A. los seguros por conceptos de equipo electrónico y eléctrico (oficinas), automóviles, soat, manejo, grupo vida deudores, transporte de mercancías y transporte de valores, por un valor total de \$29 201 855 y por el término de un (1) año comprendido del 13 de agosto de 1994 hasta el 12 de agosto de 1995, según los pliegos de condiciones y propuesta presentada.

ARTÍCULO SEGUNDO: Adjudicar a la firma SEGUROS ATLAS S.A. los seguros por concepto de incendio, rotura de maquinaria, equipo eléctrico y electrónico (centrales) y sustracción, por un valor total de \$547 310 865 y por el término de un (1) año contado a partir del 13 de agosto de 1994 hasta el 12 de agosto de 1995 y definido en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada.

ARTÍCULO TERCERO: Las firmas La Previsora S.A. y Seguros Atlas S.A. destinarán del valor total de las primas de seguros que se le adjudican, previa deducción del impuesto del IVA la suma equivalente al 12.5% de ésta prima para cancelarlo al consorcio que ejercerá la función de intermediación y asesoría, y a la firma que lo auditará, de acuerdo a la participación porcentual definida en la resolución n.º 001288 de julio 22 de 1994, expedida por esta Dirección.

III. Problema jurídico

8 El análisis que a continuación adelantará la Sala habrá de absolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿incumplió Seguros Atlas S.A. con la exigencia comprendida en los pliegos de condiciones de acreditar que los ramos ofrecidos estaban reasegurados en un 30%?; (ii) ¿las calificaciones superiores de La Previsora habrían dado lugar a que le fueran adjudicados la totalidad de los contratos o al menos de aquellos ramos en los que ocupó el primer lugar?; (iii) ¿qué efectos tiene la falta de acreditación dentro de la propuesta de La Previsora de su inscripción en el registro de proponentes?; (iv) ¿está probado dentro del

proceso que la oferta de La Previsora era la mejor?; (v) ¿es viable declarar la nulidad de la resolución n.º 1327 de 27 de julio de 1994, mediante la cual se adjudicaron a Seguros Atlas S.A. y La Previsora S.A los ramos de seguros que comprendía la licitación?

IV Análisis de la Sala

9 En primer lugar, el pliego de condiciones constituye una parte fundamental para la conformación del contrato estatal, pues comprende, entre otras cosas, las exigencias que habrán de cumplir los proponentes. Al respecto, la Sala ha expresado:

El pliego de condiciones, los términos de referencia o las bases de la contratación directa, según el caso, constituyen los documentos en los cuales se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato. Es por esto que el pliego de condiciones -incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes-, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes... el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista, quien debe acogerse estrictamente a sus reglas para proponer los costos del proyecto, los plazos de su ejecución, pero también, como resulta obvio, para calcular su utilidad o remuneración que, en últimas constituye el móvil que lo lleva a contratar y, de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación, toda vez que muchas de sus precisiones y previsiones se convierten en verdaderas cláusulas contractuales, las cuales permiten determinar los aspectos que llevaron a las partes a formalizar el acuerdo de voluntades y, sobre todo, han de ser útiles al momento de establecer el alcance de sus obligaciones o prestaciones, incluyendo los aspectos de índole técnico, económico y financiero. Así las cosas, tanto el pliego de condiciones como la propuesta del contratista constituyen documentos esenciales e indispensables para establecer en qué términos quedó pactada la ecuación económica contractual, es decir, en qué condiciones y alcances se pactó la equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes, pues sólo a partir de su conocimiento es posible determinar si durante su ejecución la economía del contrato sufrió variaciones, como consecuencia de la

*modificación de sus presupuestos y de esta manera acudir a su restablecimiento*⁴.

9.1 Frente al pliego de condiciones, los interesados en obtener la adjudicación del contrato presentan sus propuestas, las cuales serán analizadas por parte de la entidad para evaluar si se allanan a lo exigido en el pliego; en el supuesto en que la respuesta sea negativa se deberán descalificar y si es positiva, se continuará con el estudio para definir a quién se adjudicará el contrato. En relación con la naturaleza jurídica de la propuesta, ha expuesto la Sala:

*Sobre la naturaleza jurídica de la propuesta que se formula por el particular interesado en la invitación de la administración, los estatutos contractuales y particularmente los pliegos de condiciones señalan los requisitos y formalidades que ésta debe atender, tales como los relativos al sujeto o calidades que debe reunir el potencial oferente, los del objeto, su forma, etc., y en general todos los pormenores que la administración exige para que ésta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al pliego de condiciones. La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias... la presentación de la oferta (acto jurídico del proponente) traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar derechos o relaciones jurídicas entre el proponente, el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento*⁵.

9.2 Para efectos de determinar si la propuesta de los actores se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones, corresponde adelantar un proceso de interpretación, en desarrollo del cual ha recordarse que la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

9.3 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*”⁶– y medieval –“*in claris non fit interpretatio*”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“*Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.*”

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente n.º 15475, C.P. Mauricio Fajardo

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 2000, Expediente: 10399, Actor: CEM Ltda. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos

⁶D.32, 25,1 PAULO.

“Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”— guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 *–“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”*—, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

9.4 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto —algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho—, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.

10 En el caso concreto, en relación con el cumplimiento de Seguros Atlas S.A. de la exigencia comprendida en el pliego de condiciones, consistente en la presentación del *“certificado de la colocación del reaseguro en los ramos involucrados en esta licitación, con compañías reaseguradoras conocidas internacionalmente que respalden a la compañía en este tipo de coberturas (mínimo 30%)”*, se encuentra que el demandante solicitó una inspección judicial, o que en su defecto se oficiara a la entidad demandada, para obtener, entre otros documentos, la propuesta de Seguros Atlas S.A. (f. 11, c. 1). El Tribunal *a quo* ordenó, mediante auto del 31 de agosto de 1995 (f. 62–64, c. 1), que se oficiara a la entidad para que aportara el documento, no obstante lo cual, no aparece en el expediente que el ICEL lo haya remitido.

10.1 Al respecto, solo en los anexos del dictamen pericial obra la propuesta de Seguros Atlas S.A. (f. 205–365, c. 3), en cuya parte correspondiente a la certificación de las compañías reaseguradoras, se aprecian como únicos soportes sobre el particular dos comunicaciones escritas enviadas por el señor Gabriel Rozo, de fecha 3 y 8 de junio de 1994 (f. 321–324, c. 3), quien se arroga la

condición de representante, de acuerdo con el membrete de las comunicaciones, de “La Colonense Corredores de Seguros Ltda., representando La Koinische Ruck Compañía de Seguros más antigua del mundo”, dentro de las cuales se establece, respectivamente, que cubrirán los riesgos correspondientes al ramo de incendio y de rotura de maquinaria hasta por un 19.00%.

10.2 En el mismo sentido, el Director del ICEL, Luis Augusto García Perea, absolvió el interrogatorio de parte dentro del proceso (f. 179–180, c. 2; f. 179–180, c. 2), de conformidad con las preguntas que le formuló la demandante (f. 81–83, c. 1), entre las cuales se encontraba la siguiente:

6.- Sírvase decir cómo es cierto, si o no, que la propuesta presentada por Seguros Atlas S.A. no se ajustó a uno de los requerimientos esenciales del pliego de condiciones, señalado en el numeral 1.12.11 de ese documento, el cual se refería a la necesidad de certificar la colocación del reaseguro de los ramos involucrados en la licitación, por lo menos en un 30%, con compañías reaseguradoras conocidas internacionalmente.

RESPONDIÓ: Sí es cierto pero únicamente en lo que se relaciona con seguros de incendio y rotura de maquinaria, en los demás casos sí Seguros Atlas tomó el reaseguro correspondiente.

10.3 En ese orden de ideas, contrario a lo que concluyó el comité de evaluación en el marco del proceso licitatorio, las pruebas recaudadas en el proceso indican claramente que Seguros Atlas no cumplió con la exigencia comprendida en el pliego de condiciones de acreditar que los ramos objeto de la licitación estaban reasegurados en un 30%, puesto que las certificaciones mencionadas: (i) de manera inequívoca, hacen constar que la cobertura que se ofrece a los ramos de incendio y rotura de maquinaria es inferior a la exigida en el pliego de condiciones, pues está limitada al 19%; (ii) solo hacen referencia a incendio y rotura de maquinaria, pero no hay prueba de que la cobertura alcanzara a los otros ramos de la licitación; (iii) son expedidas por parte de una persona que dice obrar en condición de representante de una compañía corredora de seguros, “La Colonense Corredores de Seguros Ltda.”, la cual a su vez se arroga la condición de representante de una reaseguradora extranjera, “La Koinische Ruck Compañía de Seguros; no obstante, no obra el certificado de existencia y representación legal del corredor de seguros, como tampoco de la reaseguradora obra documento alguno que acredite su existencia, ni el registro respectivo ante las autoridades de seguros nacionales colombianas.

11 En el caso concreto, como se advierte sin lugar a hesitación alguna, el objeto de los pliegos de condiciones era la contratación de los seguros con los cuales habrían de ampararse los riesgos de la entidad, es decir, se trataba de elegir, con base en los principios de la contratación estatal, en especial, el de la selección objetiva, la mejor opción para garantizar su integridad patrimonial frente a la eventual ocurrencia de siniestros.

11.1 El contrato de seguro está debidamente tipificado dentro de la legislación colombiana⁷, pero no cuenta con una definición específica, razón por la cual es conveniente recurrir a las explicaciones de la doctrina más autorizada:

... el seguro es una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística ... no puede existir sino en el seno de una empresa científicamente organizada ... la operación empresarial del seguro interesa al orden público, al orden social, a la seguridad jurídico-económica de los asegurados ... Sin la comunidad de riesgos legalmente constituida, coordinada su operación a través de empresa comercial o cooperativa, vigilada por el Estado, desde su nacimiento hasta su liquidación, sin su solvencia técnico-financiera debidamente garantizada, sin capital y reservas adecuadas a sus responsabilidades potenciales, sin reaseguro, el seguro no pasa de ser un engaño individual o colectivo a cuya prevención el derecho y la ley no pueden ser indiferentes⁸.

11.2 En ese orden de ideas, desde la perspectiva de la noción del contrato de seguro y de su institución como herramienta especial dentro del desarrollo social, compete a las entidades estatales que contratan seguros observar cada una de las posibilidades, ventajas y, especialmente, seguridades, que desde el punto de vista contractual y empresarial ofrecen los proponentes cuando se presentan a una licitación pública que tiene como objeto esta figura.

11.3 La Corte Constitucional ha caracterizado la actividad aseguradora como de interés público. En términos generales ha indicado:

⁷ “Artículo 1036. [subrogado por el artículo 1o de la Ley 389 de 1997] *El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva*”. “Artículo 1037. *Son partes del contrato de seguro: 1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos*”. “Artículo 1045. *Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro, y 4) La obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno*”.

⁸ J. EFRÉN OSSA, *Teoría General del Seguro. El Contrato*, Temis, 1984, p. 2 – 3, cita a PICARD Y BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Deuxieme Edition, Tome Premier, Le contrat d’assurance, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 2

... la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la actividad aseguradora es de interés público (Sent. C-940/2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-269/99 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sent. T-057/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En Sentencia C-269 de 1999 dijo la Corte:

“Desde este punto de vista, la regulación jurídica de la actividad de los seguros, aun cuando forma parte del derecho privado y del comercial, ofrece aspectos que no corresponden exactamente a los principios que caracterizan estos ordenamientos. Uno de ellos, y especialmente en cuanto interesa a la materia bajo examen, se refiere a la intensidad de la regulación legal de la contratación propia de los seguros, que por tratarse de una actividad calificada por el constituyente como de interés público, habilita al legislador para regular en mayor grado los requisitos y procedimientos a que deben ceñirse los contratantes, sin que ello signifique que se eliminen de un todo principios inherentes a la contratación privada. De allí se debe partir del interés público que reviste la actividad aseguradora, cimentado en los fines que como operación económica persigue y en la protección de la parte más débil —asegurado y beneficiario— de la relación contractual. (Sent. C-269/99 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

En Sentencia T-057 de 1995 expresó la Corte:

“De acuerdo con el artículo 335 de la C.P., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida” (Sent. T-057/95 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En Sentencia C-940 de 2003 la Corte reiteró lo siguiente:

“Los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución Política prescriben que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público se consideran de interés público y que estarán sujetas a la intervención, vigilancia y control estatal. De igual manera, el numeral 24 del artículo 189 señala que al Presidente de la República corresponderá ejercer el control y vigilancia de las cooperativas y sociedades mercantiles.⁹

11.4 Por su parte, el reaseguro constituye uno de los instrumentos típicos para conseguir la distribución o dispersión del riesgo entre más aseguradores. Ha sido caracterizado por la doctrina como el contrato en virtud mediante el cual “el reasegurado se ha asegurado contra las consecuencias de la obligación de indemnización que ha asumido como asegurador; contra las consecuencias de la responsabilidad que se desprende del contrato de seguros”¹⁰. El artículo 88 de la Ley 45 de 1990, que subrogó el artículo 1134 del Código del Comercio, lo definió en los siguientes términos:

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-517 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ V. EHRENBERG, *El reaseguro* (Trad. José Ma. Navas Muller), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, p. 47-48.

En virtud del contrato de reaseguro el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe la mala fe del asegurador, en cuyo caso el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno. La responsabilidad del reasegurador no cesará, en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

11.5 De acuerdo con la doctrina¹¹ las características del contrato de reaseguro, desde la perspectiva tradicional, son: (i) la gestión directa del riesgo corresponde al asegurador, sin intervención del reasegurador, de suerte que aquel, dada su cercanía al cliente y al riesgo, es quien lo administra directamente, lo cual implica selección del riesgo, política de precios, definición sobre responsabilidad emergente del contrato originario, nombramiento de ajustadores, asesores, abogados, fijación de la cuantía de la pérdida, transacciones; (ii) la buena fe (*uberrimae bonna fides*) para el cumplimiento de las obligaciones de reasegurador y asegurador; (iii) la debida y oportuna información que debe brindar el asegurador al reasegurador sobre las circunstancias del riesgo u ocurrencia de siniestros; (iv) la comunidad de suertes (*follow the fortune*), en virtud de la cual, el reasegurador está obligado frente al asegurador en los mismos términos en que éste lo está frente al asegurado; (v) entre el asegurado y el reasegurador no existe relación jurídica ni económica directa: el Código de Comercio, artículo 1135, indica que el asegurado carece de acción directa contra el reasegurador y que éste no se encuentra obligado en relación con el asegurado; el artículo 1080 prescribe que el contrato de reaseguro no varía el de seguro, ni la oportunidad de pago en el caso de siniestro, puesto que no se podrá diferir a pretexto del reaseguro.

11.6 Ahora bien, los rasgos distintivos de la figura se han venido modificando como resultado de la aparición de cláusulas en los contratos de reaseguro que distorsionan la estructura clásica que se ha referido. Así, en la práctica del negocio y del contrato de reaseguro, de conformidad con lo que refiere la doctrina nacional¹², se ha advertido la presencia de: (i) cláusulas de cooperación y control, las cuales corresponden a diferentes estipulaciones que en el concierto internacional asignan a los reaseguradores una serie de facultades que van en contra, o al menos, ponen en riesgo la vigencia del principio de gestión del riesgo por el asegurador. Las principales corresponden a: a) cláusulas de información referente a las modificaciones objetivas que conciernen al contrato de seguro

¹¹ J.J. VARA, *El contrato de reaseguro en Derecho Internacional Privado*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003. M. BIN, *Commentario al Codice delle Assicurazioni*, Cedam, Padova, 2006

¹² C. I. JARAMILLO, *Distorsión del Reaseguro Tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999

originario, las cuales intentan que el asegurador tenga y mantenga informado al reasegurador de aspectos precisos, especialmente técnicos, como el estado o agravación del riesgo y su eventual materialización; b) cláusulas de ajuste o liquidación del siniestro, las cuales imponen la obligación al asegurador de consultar con el reasegurador, en forma previa, todo lo referente al ajuste y ulterior liquidación de los siniestros o pérdidas experimentadas y reportadas o reclamadas al reasegurado; c) cláusulas de pago del siniestro o del cumplimiento de la prestación asegurada, las cuales pretenden que el reasegurador maneje la decisión de la aseguradora sobre si paga o no el siniestro al beneficiario y sobre cuál sería la cuantía.

11.7 Existen también: (ii) las cláusulas de pago simultáneo (*symultaneous payment clauses*), en virtud de las cuales el asegurador supedita el pago del siniestro a la provisión de fondos del reasegurador; (iii) las cláusulas relativas a la insolvencia del asegurador (*insolvency clauses*), que permiten al asegurado ir a cobrar directamente al reasegurador, en caso de insolvencia del asegurador y en otras circunstancias que puedan vulnerar su capacidad financiera, al punto de comprometer el pago respectivo; (iv) las cláusulas de camino libre (*cut through*), facultan al asegurado a cobrar directamente al reasegurador en circunstancias diferentes a la insolvencia o riesgo financiero del asegurador; (v) cláusulas de sujeción o prevalencia hermenéutica, que imponen la preponderancia de las cláusulas del reaseguro frente a las del seguro.

11.8 Las características que se acaban de referir tienen como propósito principal relevar que el reaseguro en su condición de contrato y de instrumento para la distribución o dispersión del riesgo, es parte fundamental dentro de la estructura del funcionamiento de las empresas aseguradoras y, por ende, es de suma importancia para brindar tranquilidad a los asegurados finales sobre el pago y la atención de siniestros. También resultó necesario resaltar las características del reaseguro y de los fenómenos que han modificado su forma tradicional, para advertir que las entidades estatales deben tener especial cuidado sobre el particular al contratar con una compañía aseguradora, pues, no obstante la claridad de las normas mercantiles acerca de que la relación se establece solamente entre el asegurado, en este caso, la entidad estatal, y el asegurador, las cláusulas contractuales correspondientes podrían contemplar cuestiones adicionales que en algunos casos perjudicarían los intereses del asegurado.

11.9 En contra de lo que se acaba de resaltar, en el asunto *sub judice* la entidad estatal contratante dio un tratamiento al tema del reaseguro que no guarda

correspondencia con su importancia y que, evidentemente, desconoció la exigencia expresa contenida en los pliegos de que cada uno de los ramos debía estar reasegurado en un 30%, puesto que solo obran dentro de la propuesta de Seguros Atlas S.A. dos documentos que de manera precaria certifican que reaseguran dos ramos, incendio y rotura de maquinaria, y cada uno de ellos en un 19%. En conclusión, la propuesta de Seguros Atlas ha debido ser descalificada por no cumplir con un requisito de la mayor importancia, impuesto claramente en el pliego de condiciones.

12 De conformidad con los cargos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, la Sala analizará la forma como se adjudicaron los diferentes ramos de seguros, para establecer si el proceder a este respecto de la entidad se ajustó a la legalidad.

12.1 En primer lugar, corresponde a la Sala recordar lo que ha expuesto acerca de la forma como deben elaborarse los pliegos de condiciones¹³:

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993¹⁴, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable. En suma, es menester que los criterios de selección que se fijen en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a licitar; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia. De ahí que la Sala considere que, si bien la Administración goza de autonomía en la elaboración de los pliegos

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. n.º 16.041, C.P. Ruth Stella Correa

¹⁴ El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que “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”.

de condiciones o términos de referencia de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que ella está enmarcada en los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación, deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que reclama la Ley 80 de 1993 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, solo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias al fin del contrato.¹⁵ Es por esto que, por la naturaleza misma del objeto a contratar, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que efectúe la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección esenciales, que le permitan a la entidad un grado de certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección (Cfr. artículos 24 numeral 5, apartes b y c; 25 numeral 3 y ss.; y 26 numerales 1 y 3, entre otros, de la Ley 80 de 1993). Por eso el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, ordena que la entidad interesada, en la fase de planeación, elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, que permitan ofrecimientos de igual naturaleza¹⁶.

12.2 La Sala aprecia que las ofertas de La Previsora y de Seguros Atlas fueron calificadas por parte del comité de evaluación de la entidad desde dos perspectivas: una individual, en la cual se calificaban las propuestas de los oferentes correspondientes a cada uno de los ramos de seguros para los cuales se abrió la licitación y otra global, en la que se consideraba la sumatoria de las calificaciones individuales. Si bien es cierto que el resultado total favoreció ampliamente a La Previsora en tanto que obtuvo un puntaje de 93.71, mientras que Seguros Atlas solo llegó a 79.58, también lo es que los resultados individuales por algunos ramos de seguros favorecieron indistintamente a La Previsora y a

¹⁵ Artículos 3; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993.

¹⁶ El numeral 4 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, indica que en los pliegos de condiciones o términos de referencia: a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso. c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato. d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

Seguros Atlas y que la resolución n.º 1327 de 27 de julio de 1994 adjudicó los ramos de seguro sin atender a la calificación dada por el comité correspondiente, así:

CONCEPTO	LA PREVISORA	ATLAS	PROPONENTE MEJOR CALIFICADO	ADJUDICADO A:
Incendio	41.50	38.00	LA PREVISORA	SEGUROS ATLAS
Rotura de maquinaria	46.00	33.00	LA PREVISORA	SEGUROS ATLAS
Equipo eléctrico y electrónico plantas subestaciones y plantas móviles	38.00	47.50	SEGUROS ATLAS	SEGUROS ATLAS
Equipo eléctrico y electrónico (oficinas)	47.00	44.58	LA PREVISORA	LA PREVISORA
Automóviles	44.00	50.00	SEGUROS ATLAS	LA PREVISORA
SOAT	50.00	50.00	IGUALES	LA PREVISORA
Sustracción	49.00	23.00	LA PREVISORA	SEGUROS ATLAS
Manejo global	48.00	29.00	LA PREVISORA	LA PREVISORA
Grupo vida	44.00	50.00	SEGUROS ATLAS	
Grupo vida deudores	44.00	50.00	SEGUROS ATLAS	LA PREVISORA
Transporte mercancías	48.00	40.00	LA PREVISORA	LA PREVISORA
Transporte de valores	25.00	44.00	SEGUROS ATLAS	LA PREVISORA
A. Total puntaje técnico y económico (promedio aritmético)	43.71	41.58	LA PREVISORA	
B. Factor financiero (20). Margen de solvencia	20.00	15.00	LA PREVISORA	
C. Factor administrativo (15) Capacidad técnica y operativa (cumplimiento de contratos)	15.00	15.00	IGUALES	
D. Factor reaseguros (15) Respaldo certificado	15.00	8.00	LA PREVISORA	
B + C + D	50.00	38.00	LA PREVISORA	
TOTAL (100%)	93.71	79.58	LA PREVISORA	

12.3 En ese orden de ideas, si el factor que se debía considerar para adjudicar los contratos fuera la sumatoria de los puntajes individuales, el beneficiado con la licitación pública habría sido indudablemente La Previsora, pero habida cuenta de que el pliego de condiciones autorizaba a la entidad para hacer adjudicaciones parciales –el numeral 1.20, bajo el título de *“adjudicaciones parciales”*, indicaba: *“El ICEL se reserva el derecho de adjudicar parcial o totalmente la presente licitación (en ramos, en bienes o amparos)”*– la Sala encontraría jurídicamente viable que así se hubiera hecho, pero ajustado al límite infranqueable del respeto por los puntajes que calificaban la idoneidad de la propuesta respecto de cada uno de los ramos.

12.4 En efecto, de conformidad con los pliegos de condiciones, en especial con el numeral 1.14, denominado *“Criterios de comparación de las propuestas”*, la entidad adjudicaría *“el programa de seguros al oferente cuya propuesta sea más favorable para el ICEL y tenga el mayor puntaje y esté ajustada al pliego de condiciones”*. Es decir, se trataba de tres condiciones específicas, que se presentaban como unidad, que no resultaban alternativas y que obedecían a la obligación de cumplir con el principio de la selección objetiva consagrado en la Ley 80 de 1993.

12.5 En relación con los factores que se debían considerar para la calificación de las propuestas, se indicó en los pliegos que correspondían a: *“las pólizas de seguros y los anexos correspondientes requeridos para amparar los activos, bienes e intereses del ICEL; el cumplimiento de las condiciones del pliego; las tasas y primas más favorables, la sujeción al margen de solvencia y respaldo de reaseguros”*. Al respecto, los pliegos especificaron que se haría un análisis detallado del factor técnico y económico, en el cual se apreciarán *“las tasas y primas a pagar, aplicando para cada caso los deducibles, descuentos, modalidades de aseguramiento que propongan los oferentes, alcance de las coberturas y cláusulas ofrecidas, límites de indemnización, exclusiones”*, con una calificación máxima de 50 puntos. Es decir, de manera inequívoca los pliegos indican que el valor de las primas es un elemento para la calificación de las propuestas por cada ramo y por su totalidad, de lo cual se deduce que en la calificación de las propuestas va incorporada la evaluación de los precios de las primas.

12.6 En idéntico sentido, de acuerdo con la evaluación de las propuestas realizada por la entidad, de fecha 14 de julio de 1994 –párrafo 7.3–, se apreció que el *“factor*

técnico y económico” estaba integrado por cuatro subfactores “1. Tasa y/o primas y descuentos: 15 puntos; 2. Deducibles: 25 puntos; 3. Coberturas: 5 puntos; 4. Cláusulas adicionales.” Se explicó en el texto que cada uno de los subfactores se evaluaban de conformidad con la mayor conveniencia para la entidad, es decir, respecto de las tasas y/o primas se daba “el mayor puntaje a la oferta de menor valor o menor tasa”; en lo concerniente a los deducibles “se otorgó el mayor puntaje a aquella propuesta que presentó los menores deducibles con cargo al asegurado”; y en relación con las coberturas y cláusulas adicionales “el mayor puntaje recayó en aquella propuesta que otorgó mayor número de coberturas y cláusulas”.

12.7 En ese orden de ideas, el pliego de condiciones estableció unas reglas objetivas, claras e inequívocas, para definir que el mejor proponente era quien obtuviera el puntaje más alto. Por ello, es un incumplimiento de la obligación de seleccionar objetivamente al proponente, y de acatar las condiciones establecidas en el pliego de condiciones, en su condición de norma específica del contrato correspondiente, la decisión tomada por parte de la entidad de adjudicar los ramos sin importar quién había obtenido la calificación más alta, puesto que, como se puede observar, en algunos ramos la propuesta mejor calificada era la de La Previsora, pero se adjudicó a Seguros Atlas, mientras que en otros ocurrió lo contrario, el mejor calificado era Seguros Atlas y se adjudicó a La Previsora.

12.8 De tal forma, en el supuesto caso de que la oferta de Seguros Atlas hubiera sido viable, de acuerdo con las calificaciones obtenidas la Sala encuentra que han debido adjudicársele a La Previsora S.A., los ramos de incendio, rotura de maquinaria, equipo eléctrico y electrónico (oficinas), sustracción, manejo global y transporte de mercancías, no obstante lo cual, se adjudicaron a Seguros Atlas, a pesar de tener un puntaje total y por ramos específicos inferior al obtenido por La Previsora. De otra parte, la Sala aprecia que la adjudicación debió favorecer a Seguros Atlas en los ramos de equipo eléctrico y electrónico (plantas subestaciones y plantas móviles); automóviles; grupo vida, grupo vida deudores y transporte de valores, a pesar de lo cual algunos de ellos se adjudicaron a La Previsora.

12.9 La justificación que presentó ICEL para abstenerse de adjudicar a La Previsora los contratos en los ramos que representaban un mayor valor – especialmente, incendio y rotura de maquinaria– consistió en que el menor valor de la prima que ofrecía Seguros Atlas significaba un ahorro para la entidad, y que esa decisión se podía tomar en determinados ramos porque la siniestralidad

histórica era baja, lo que significaba que el pago por concepto de deducibles frente a la eventual ocurrencia de siniestros no afectaría el beneficio que parecía obtenerse con el menor valor de la prima.

12.10 Es decir, luego de haber analizado objetivamente todos los elementos integrantes de las ofertas, dentro de los cuales se encontraban el valor de la prima y porcentaje de deducibles, para dar una calificación final favorable a La Previsora, la entidad hizo una nueva evaluación –respecto de la cual nada se decía en los pliegos de condiciones–, y tomó en consideración los conceptos de valor de la prima y de porcentaje de deducibles –que ya habían sido evaluados– más un nuevo elemento –del cual tampoco da noticia el pliego de condiciones–, consistente en la siniestralidad como elemento para la adjudicación de los contratos. Este proceder resulta distante del principio de la selección objetiva en materia de contratación estatal, así como también del de transparencia en tanto que se sorprende a los proponentes con nuevos criterios de evaluación y con instancias de recalificación de factores de la evaluación que no estaban previstos en el reglamento de la contratación, esto es, en los pliegos de condiciones.

12.11 Tanto como lo anterior, la Sala advierte que la calificación incorporaba factores que fueron ignorados por la entidad al adjudicar en función de los ramos, puesto que las calificaciones obtenidas por los conceptos financiero, administrativo y de reaseguros resultaron también favorables a La Previsora y no a Seguros Atlas. Se pregunta la Sala qué propósito tiene determinar cuál de los proponentes tiene una mejor calificación respecto de cuestiones tan importantes como las descritas en el pliego de condiciones –“*Factor financiero: Excedentes del margen de solvencia y patrimonio técnico. Puntos 20. Factor administrativo: Capacidad técnica y operativa, cumplimiento de contratos con otras entidades. Puntos 15. Factor reaseguros: Respaldo demostrado en reaseguros. Puntos 15*– si después la entidad libremente se podía apartar de las conclusiones correspondientes, sin presentar justificación alguna.

12.12 Es decir, la evaluación del margen de solvencia de una aseguradora, de su patrimonio técnico, capacidad operativa, historia de cumplimiento con otras entidades y de los contratos de reaseguro que dan respaldo a su operación, indica claramente que la compañía aseguradora que obtiene la más alta puntuación es la que dentro del espectro de posibilidades sometido al análisis de la entidad está llamada a ser la adjudicataria. Si bien es cierto que de acuerdo con los pliegos de condiciones la adjudicación se podía hacer por ramos individualmente considerados, también lo es que los elementos que son comunes a todos los

ramos, es decir, los factores financieros, administrativos y de reaseguros de las aseguradoras oferentes deben ser considerados para la adjudicación, puesto que si no se tuvieran en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre qué aseguradora es la beneficiaria, pues resultaría inane pedirlos. Tales factores son lo que dan solidez a la propuesta, en cuanto que acreditan que proviene de una compañía sólida, que honra sus compromisos y que brinda confianza para amparar los bienes del Estado.

13 Ahora bien, Seguros Atlas, en la contestación de la demanda, afirmó que La Previsora había incumplido el requisito consistente en la inscripción en el registro de proponentes, cuestión que fue advertida en la evaluación de las propuestas, de fecha 14 de julio de 1994 –párrafo 7.3–, en cuyo cuadro n.º 4, denominado “*cumplimiento de los requisitos legales*”, se indica que dentro de los “*documentos y requisitos*”, la oferta n.º 1, es decir, La Previsora, no aportó el “*registro de proponentes*”.

13.1 Al respecto, conviene advertir que el registro de proponentes encuentra regulación en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, en cuyo texto original, se aparece la siguiente redacción:

Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo. (...) No se requerirá de este registro, ni de calificación ni clasificación, en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trata de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.

13.2 En atención a la definición legal, la jurisprudencia de la Sección ha considerado que “*el registro de proponentes constituye, por regla general, un requisito previo para la contratación con el Estado. Su formación se traduce en la certificación de la capacidad de las personas inscritas para poder contratar, en tanto la inscripción las habilita para participar en las licitaciones o concursos y celebrar contratos con la administración pública, respecto al tipo de contratos en los que la ley lo exige*”¹⁷. Es decir, la acreditación ante la entidad de la inscripción en el registro, es indispensable en el caso de licitaciones para la celebración de

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, exp. n.º 14.040, C.P. Ricardo Hoyos.

contratos que correspondan a aquellos descritos en la norma legal, lo cual significa que para el caso concreto en forma alguna resultaba exigible a las aseguradoras proponentes presentarlo.

13.3 Tampoco en los pliegos de condiciones, en las disposiciones que hacían referencia a los documentos exigidos al proponente –numeral “1.12 Documentos y requisitos para considerar la propuesta” del Capítulo I; capítulo IV correspondiente a los “formularios de la propuesta”, párrafo 7.2–, se mencionaba la inscripción en el registro de proponentes.

13.4 En este tipo de casos en los cuales la ley o la convención limita de manera inequívoca los supuestos de hecho en los que opera la consecuencia jurídica, se aplica el criterio de interpretación restrictiva, *expressio unius est exclusio alterius*, consagrado en la normatividad colombiana, en los artículos 27, 31 y 1619 del Código Civil¹⁸, gracias a los cuales no es posible extender las exigencias que expresamente consagran la norma legal o contractual, a hipótesis no comprendidas en los textos respectivos.

13.5 En ese orden de ideas, La Previsora no estuvo expuesta a descalificación de clase alguna por causa de la falta del registro de proponentes, pues la evaluación de las propuestas advirtió como incumplido un requisito que no estaba comprendido en la ley, ni el pliego de condiciones.

14 El requisito expuesto por la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que solo se podrá declarar la nulidad del acto de adjudicación y ordenar el pago de la indemnización correspondiente cuando el demandante acredite ante el juez de la causa que su propuesta era la mejor, ha sido reiterado en diferentes pronunciamientos judiciales, en los cuales se exige que la autoridad judicial verifique, en relación con el proponente que ha presentado la demanda, “*si existe prueba de que su oferta era la mejor o más favorable para la administración, de conformidad con las reglas establecidas en los pliegos de condiciones*”¹⁹. En el caso concreto, la Sala aprecia que el dictamen pericial practicado en el proceso (f. 1–10, c. 3) es prueba suficiente de que el demandante presentó la mejor

¹⁸ “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. “Artículo 31.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido...”, “Artículo 1691.- Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.

¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041).

propuesta, de suerte que el requisito jurisprudencial referido se encuentra satisfecho. Así, se aprecia en el texto del peritaje, lo siguiente:

2. Luego de realizar una evaluación amplia y pormenorizada respecto de las propuestas presentadas, determinen el orden de elegibilidad para la adjudicación de los contratos de seguro que fueron objeto de licitación.

Respuesta:

Estudiando el pliego de condiciones de la licitación pública nacional DG001-94 encontramos que el ICEL efectuó el análisis de las propuestas para adjudicar el programa de seguros al oferente, cuya propuesta sea más favorable para el ICEL y tenga el mayor cumplimiento y esté ajustada al pliego de condiciones de la licitación más cómoda (sic). Hemos utilizado el método de calificación independiente por ramo y para cada concepto de evaluación de 1 a 10, asignando mayor puntuación a la oferta más favorable y a la segunda una calificación proporcional con respecto a la primera, teniendo en cuenta su incidencia y su resultado en el beneficio-costos. Los conceptos de evaluación o variables que se han tenido en cuenta para la calificación final son los siguientes con su respectiva ponderación de peso: tasas o primas ofrecidas (20 puntos). Amparos (15 puntos). Deducibles (10 puntos). Cláusulas adicionales (5 puntos). (...) La Previsora fue calificada con 93.71 en total, Seguros Atlas S.A. con 79.58 y las otras dos propuestas fueron descalificadas con la resolución n.º 00287. (...) El orden de elegibilidad de acuerdo con lo anteriormente expuesto: 1. La Previsora S.A. 2. Seguros Atlas S.A.

15 En ese orden de ideas, la Sala, habida consideración del incumplimiento advertido respecto de la exigencia de certificar los reaseguros por cada ramo en un 30%, declarará la nulidad de la resolución n.º 1327 de 1994 del ICEL en todo aquello que atañe a la adjudicación de contratos a la compañía Seguros Atlas, porque el acto administrativo demandado no se sustentó en la norma en que ha debido hacerlo, esto es, en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 –en el cual se establece que “*las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones*”– e incumplió las exigencias comprendidas en el numeral 1.12 del pliego de condiciones. Así, la propuesta no se ajustó formal, ni materialmente al pliego de condiciones, ni cumplió con sus exigencias²⁰.

V Liquidación de perjuicios

16 En primer lugar corresponde definir el valor de base sobre el cual se liquidarán los perjuicios que sufrió La Previsora al verse privada de ser la adjudicataria de la

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2000, exp. n.º 10399, C. P. Ricardo Hoyos

totalidad de los contratos, para lo cual es pertinente apreciar lo que el dictamen pericial (f. 7, c. 3) expuso respecto de su propuesta:

Resumen Oferta La Previsora

RAMO	TOTAL \$ SIN IVA
Incendio	326.771.651
Sustracción	8.410.248
C. Débil	16.821.610
R Maquinaria	208.560.740
Autos	7.053.838
Manejo	7.446.760
Soat	518.600
V. Grupo	4.711.356
V. Deudores	1.105.276
Total	581.400.079

16.1 Sobre la cifra referida se debe hacer una deducción que surge de la resolución n.º 1327 de 1994 del Director del ICEL. En efecto, la entidad adjudicó a La Previsora los ramos de equipo electrónico y eléctrico (oficinas) o corriente débil, automóviles, Soat, manejo, grupo vida deudores, razón por la cual no hay lugar a que reciba una indemnización respecto de contratos que le fueron adjudicados. La deducción por tal concepto asciende a \$37 657 440, de suerte que la cifra base resultaría en \$543 742 639.

16.2 Corresponde ahora deducir un valor adicional, que aparece de lo ordenado en el artículo tercero de la resolución n.º 1327 de 1994 del Director del ICEL, en el sentido de que los adjudicatarios debían destinar *“la suma equivalente al 12.5% de esta prima para cancelarlo al consorcio que ejercerá la función de intermediación y asesoría y a la firma que lo auditará”*. Es decir, sobre el valor de \$543 742 639, se debe restar el 12.5%, \$67 967 829, para obtener una cifra final de \$475 774 810.

17 Se debe ahora definir el valor de la utilidad esperada por parte de La Previsora sobre la suma indicada, para lo cual resulta indispensable analizar lo siguiente.

17.1 El dictamen pericial que se rindió en el proceso (f. 1–10, c. 3) absolvió diferentes interrogantes, entre los cuales se encontraba el siguiente:

3 Que los señores peritos, conformen (sic) a su experiencia, a los documentos que crean del caso consultar y a las indicaciones que formulen a entidades especializadas en la materia, determinen el porcentaje que como razonable utilidad percibe una compañía de seguros respecto de un programa, como aquel que constituía el objeto de la licitación que se adjudicó mediante la resolución que se

impugna, sobre la base del valor de las primas que percibirán por ese concepto.

Respuesta

Solicitamos a Fasecolda (Federación de Aseguradoras Colombianas), Biblioteca Colseguros y personas expertas que laboran en entidades de seguros manifestándonos que los índices de rentabilidad razonables para obtener la utilidad en este tipo de licitaciones están de acuerdo en el porcentaje aproximado de un diez por ciento (10%).

17.2 En el mismo sentido del porcentaje referido, el Consejo de Estado ha asumido que ante la falta de definición exacta de la utilidad esperada por el contratista, esta asciende al 10% del valor total del contrato²¹. De tal forma, en el caso concreto, el valor de la utilidad sería de \$47 577 481.

18 Con el propósito de actualizar el valor de la condena, se seguirá el procedimiento usual para este tipo de situaciones:

18.1 En primer lugar, la Sala concluye que la fecha en la cual ha debido producirse el pago es el 23 de septiembre de 1994, de conformidad con el siguiente análisis: (i) el pliego de condiciones indica en el segundo inciso del numeral 1.16 que *“la expedición de las pólizas se hará dentro de los doce (12) días siguientes a la notificación de la adjudicación a nombre del ICEL”*; (ii) dado que en el presente caso la resolución n.º 1327 de 1994 del Director del ICEL fue notificada a La Previsora el 4 de agosto de 1994 (f. 26, c. 3), se debe contar a partir de entonces el período correspondiente, el cual tiene como último día el 23 de agosto de 1994, sobre la base de que los días para estos efectos se deben considerar como días hábiles, de conformidad con el artículo 70 del Código Civil *–“en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario”–*; (iii) en relación con la fecha de pago de las primas, la Sala advierte que el Código de Comercio, en su artículo 1066 *–modificado por el artículo 81 de la Ley 45 de 1990–*, indica que tendrá lugar, salvo disposición legal o convencional en contrario, *“a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza”*, es decir, el 23 de septiembre de 1994.

18.2 En ese orden de ideas, el 23 de septiembre de 1994 el ICEL ha debido pagar a La Previsora el valor de las primas, dentro de la cual se encontraba la utilidad referida. Los datos entonces son: (i) Valor histórico: \$47 577 481; (ii) IPC final

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, exp. n.º 15.024, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

(febrero de 2013): 112,65; (iii) IPC inicial (septiembre de 1994): 25,20. En consecuencia, el valor actualizado asciende a **\$212 682 668**.

19 En relación con los intereses, se aprecia que:

19.1 En primer lugar, no habrá lugar al reconocimiento de los moratorios. La Sala ha sostenido que en aquellos casos en los cuales las autoridades judiciales declaran la nulidad de un acto administrativo a través del cual se impuso una multa o una cláusula penal pecuniaria o se declaró la caducidad de un contrato, solo procede el reconocimiento de intereses moratorios a partir de la fecha de la sentencia. Afirma la Sala que con anterioridad a ese momento el acto estaba amparado por la presunción de legalidad correspondiente, y la entidad no debía suma alguna al contratista por ese concepto²², de suerte que la obligación de pago correspondiente tiene como título a la sentencia.

19.2 En el caso concreto, la Sala encuentra que la resolución n.º 1327 de 1994 del Director del ICEL, por medio de la cual se adjudicó la parte más significativa de los contratos de seguro a Seguros Atlas, se presume ajustada al ordenamiento jurídico hasta que la presente sentencia que declarará su nulidad se halle en firme. Así, solo a partir de la ejecutoria de esta providencia, en los términos correspondientes del Código Contencioso Administrativo, la entidad se encontrará en mora del pago de la suma reconocida.

19.3 No obstante, hay lugar al reconocimiento de los intereses legales en atención a que el capital referido habría generado para La Previsora una suma de dinero, de acuerdo con el artículo 717 del Código Civil, en el cual se indica que “*se llaman*

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. n.º 24.639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar: “*La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones: (i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada. (ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS. (iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución. (iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia [H. MORALES MOLINA, Parte General, Novena edición, Bogotá, 1985, pág. 496]. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época. En este orden de ideas, tan solo procede en favor de la parte actora y a título de indemnización de perjuicios, el reconocimiento al Banco GRANAHORRAR del valor de la multa que canceló en el año 2001, debidamente indexada”.*

frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles...". En consecuencia, la Sala procederá con la liquidación respectiva, de conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, el cual, en su inciso segundo, fija el interés legal en el 6% anual, de acuerdo con la siguiente fórmula: $I = \text{Capital histórico} \times \text{período de tiempo} \times \text{tasa de interés}$. Donde: I: Capital histórico: \$47 577 481. Período de tiempo: de septiembre de 1994 a marzo de 2013 (18,5 años). Tasa aplicable: 6% anual.

$I = \$47\,577\,481 \times 18,5 \times 0,06$. Así, la condena por concepto de intereses legales asciende a **\$52 811 003**.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 15 de junio de 2001, dictada por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sala de Decisión, Sección Tercera.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la resolución n.º 1327 de 1994 del Director del ICEL, en todo aquello que concierne a la adjudicación de ramos de seguro a Seguros Atlas S.A.

TERCERO: CONDENAR al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, a pagar a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, la suma de **doscientos sesenta y cinco millones cuatrocientos noventa y tres mil seiscientos setenta y un pesos moneda corriente (\$265 493 671)**.

CUARTO: APLICAR lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: EXPEDIR por Secretaría, copias con destino a las partes, con las precisiones correspondientes, las cuales se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado judicial.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

Danilo Rojas Betancourth
Presidente

Stella Conto Díaz del Castillo