

Sentencia C-862/08

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

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

DERECHO A LA IGUALDAD-Etapas que comprende su análisis

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

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

JUICIO DE IGUALDAD-Intensidad

El juicio de igualdad será más estricto a medida que el margen de configuración del legislador, dada la materia por él regulada, la forma en que la reguló y los grupos afectados se reduzca. Por eso, si la potestad de configuración es grande, el juicio de igualdad se concentra en examinar si la medida adoptada por el legislador es manifiestamente irrazonable. Cuando se trata de una potestad amplia, el juicio de igualdad dirige a examinar si el fin es contrario a la Carta, si el trato diferente no ha sido prohibido por la Constitución y si este resulta inadecuado o carente de relación racional con el fin que se pretende alcanzar. Si la facultad de configuración es la ordinaria, el juicio de igualdad se orienta a considerar si el fin buscado es constitucionalmente importante en un Estado Social y democrático de derecho y si el trato diferente resulta efectivamente conducente para alcanzarlo. Finalmente, si se está ante una potestad de configuración legislativa reducida, con el juicio de igualdad se analiza si el fin que justifica el trato diferente es imperioso, si la diferencia de trato adoptada por el legislador es necesaria para alcanzar el fin y si, además, no resulta desproporcionada stricto sensu. La determinación del grado de amplitud de la potestad de configuración del legislador depende i) de la materia regulada; ii) de los principios constitucionales tocados por la forma en que dicha materia fue regulada; y iii) de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente.

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

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

JUICIO ESTRICTO DE IGUALDAD-Aplicación

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

En materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, además de los postulados generales impuestos por el preámbulo y los artículos 1° y 13 de la Constitución, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS MIPYMES-Concepto

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

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

Los artículos 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 2° del Decreto 2359 de 1993, señalan que, entre otras funciones, la Superintendencia Financiera ejerce inspección, vigilancia y control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público. Por

esa razón, están sometidos a la vigilancia de esa entidad los establecimientos de crédito (dentro de los cuales están los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, los bancos comerciales, las compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras -artículo 2° del Decreto 663 de 1993-), las sociedades de servicios financieros (son las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía –artículo 3° del Decreto 663 de 1993-), las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras, los intermediarios de seguros y reaseguros y las cooperativas de ahorro y crédito.

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

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

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

La norma acusada establece una diferencia de trato para obtener los beneficios en la contratación administrativa señalados en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, entre las micro, pequeñas y medianas empresas que adelanten cualquier actividad y que aspiren a suscribir cualquiera de los contratos estatales a que se refiere la norma (la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales) y las micro, pequeñas y

medianas empresas cuyo objeto social o cuya actividad a contratar sea la intermediación de seguros, por cuanto mientras que la mayoría de las Mipymes se rigen por las normas generales de la contratación estatal para la selección objetiva, transparente y responsable del contratista (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008, entre otras codificaciones), la celebración de contratos con los intermediarios de seguros está sometida a disposiciones especiales que no sólo buscan flexibilizar el proceso de selección sino también adecuar la contratación a la naturaleza del negocio jurídico. De esta forma, bajo la vigencia del actual Estatuto de la Contratación Administrativa, desde los Decretos 1898 de 1994 y 1436 de 1998 hasta la norma de actual aplicación: el Decreto 2474 de julio de 2008, la selección de intermediarios de seguros ha sido objeto de especial reglamentación. En consecuencia, si se comparan las Mipyme que adelantan cualquier actividad lícita y aquellas que se dedican a la intermediación de seguros, esto es, las vigiladas por la Superintendencia Financiera, es claro que las segundas están sometidas a un proceso especial de selección del contratista.

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

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

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

La Sala considera que la exclusión de las acciones afirmativas señaladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 únicamente a las Mipymes vigiladas por

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

Referencia: expediente D-7166

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

Actor: Luz Marina Jaramillo Botero y otros

Magistrado Ponente:
Dr. MARCO GERARDO MONROY
CABRA

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

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

I. ANTECEDENTES

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

Mediante auto del 8 de febrero de 2008, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda respecto del cargo por violación del principio de igualdad y la inadmitió en relación con la contradicción de la norma acusada con los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución. Dentro de la oportunidad prevista en

el Decreto 2067 de 1991, los demandantes corrigieron la demanda en lo correspondiente, por lo que, por auto del 22 de febrero de 2008, también se admitió la demanda con base en los demás reproches de constitucionalidad que plantearon los actores.

1. Norma demandada

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

*“Ley 1150 de 2007
(julio 16)*

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

(...)

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

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

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

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

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

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

2. La demanda

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Intervenciones

Asociación Colombiana de Corredores de Seguros

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

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

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

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

4. Concepto del Ministerio Público

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

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

De otra parte, el Ministerio Público inició su estudio respecto del cargo por violación del artículo 13 de la Carta precisando que la norma acusada consagra una excepción a una acción afirmativa en materia contractual. Dijo que dichas medidas favorables están en concordancia con la política estatal de velar por la promoción y mayor competitividad de micro, pequeñas y medianas empresas,

que se implementó en Colombia desde la Ley 590 de 2000. De esta forma, colige que cualquier disposición que regule el tema de las Mipymes que restrinja el alcance de las mismas en cuanto a sus contenidos esenciales y señale diferencias entre ellas “deben ser justificadas a la luz de mandatos constitucionales”, en tanto que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el artículo 13 de la Constitución permite la diferencia de trato si está razonablemente justificada sobre elementos de carácter objetivo, esto es, que se excluyen apreciaciones arbitrarias e irracionales del legislador.

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

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

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 12, párrafo tercero, de la Ley 1150 de 2007, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una disposición que hace parte de una ley.

Planteamiento del caso y los problemas jurídicos

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

en los artículos 333 y 334 de la Carta, la disposición impugnada desestimula el desarrollo empresarial, obstruye la libertad económica y abandona el deber del Estado de distribuir entre las empresas las oportunidades y beneficios en forma equitativa.

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

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

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

Si no prospera el cargo por violación del derecho a la igualdad, la Sala analizará si realmente fueron debidamente formulados los cargos por violación de los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución o si, como lo afirma el Ministerio Público, la Corte debe inhibirse para pronunciarse respecto de

aquellos por ineptitud sustantiva. Ello, por cuanto al prosperar el cargo por violación del artículo 13 superior debe declararse la inexecutable de la norma acusada y, de esta forma, resultaría inocuo e innecesario establecer si en relación con otros argumentos existieron o no deficiencias en la demanda.

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

4. Como en múltiples oportunidades lo ha indicado esta Corporación¹, la Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, consagrado en el preámbulo y el artículo 1 superior, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Y, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta, la igualdad es también un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. De esta manera, es evidente que la correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles.

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

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

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

¹ La Corte Constitucional Colombiana ha expedido más de 700 sentencias que interpretan el concepto constitucional de igualdad, por lo que a continuación se presenta un breve y sencillo resumen de ellas.

lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza²; ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual. Este análisis consiste en la valoración de los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. De ahí que el intérprete se detendrá en el estudio de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios empleados respecto del fin perseguido.

En este orden de ideas, se tiene que mientras el trato legal igual no requiere particular justificación porque es claro que la regla básica de justicia que se impone implica tratar igual a todas las personas porque ellas son iguales, el trato desigual exige mayor carga de argumentación para quien lo decide³, en tanto que *“cuando un criterio es utilizado para dar tratamientos distintos pero no obedece a razones constitucionalmente válidas, la medida deja de ser un supuesto del derecho a la igualdad y pasa a convertirse en todo lo contrario: un acto discriminatorio”*⁴. En conclusión, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

7. No obstante, la jurisprudencia constitucional⁵ ha concluido la necesidad de establecer varios grados de intensidad en la exigencia de la motivación de la diferencia porque reconoce que a mayor libertad de configuración normativa del legislador, el juez constitucional goza de menor margen de valoración y por ello el juicio de igualdad debe ser más flexible. Y, por el contrario, en aquellos casos en los que la ley tiene menor margen de regulación porque la Constitución impone reglas de aplicación directa que consisten en determinar específicamente la igualdad o la “sospecha” con la diferencia de trato, el Tribunal Constitucional tiene el deber de ser más exigente en la valoración de la justificación de la distinción legal. Con nitidez, la Corte explicó el sustento y la mecánica de análisis de la igualdad de acuerdo con la intensidad del juicio, así:

“El juicio de igualdad será más estricto a medida que el margen de configuración del legislador, dada la materia por él regulada, la forma en que la reguló y los grupos afectados se reduzca. Por eso, si la potestad de

² Sobre la explicación del concepto “término de comparación”, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias C-022 de 1996, C-1191 de 2001, C-810 de 2007 y C-106 de 2004.

³ En este sentido, véanse las sentencias C-530 de 1993, C-445 de 1995 y C-576 de 2004.

⁴ Sentencia C-106 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ En cuanto a la intensidad del juicio de igualdad pueden consultarse las sentencias C-112 de 2000, C-227 de 2004, C-741 de 2003, C-1054 de 2004, C-179 de 2007, C-675 de 2007 y C-875 de 2005, entre otras.

*configuración es grande, el juicio de igualdad se concentra en examinar si la medida adoptada por el legislador es manifiestamente irrazonable. Cuando se trata de una potestad amplia, el juicio de igualdad se dirige a examinar si el fin es contrario a la Carta, si el trato diferente no ha sido prohibido por la Constitución y si este resulta inadecuado o carente de relación racional con el fin que se pretende alcanzar. Si la facultad de configuración es la ordinaria, el juicio de igualdad se orienta a considerar si el fin buscado es constitucionalmente importante en un Estado Social y democrático de derecho y si el trato diferente resulta efectivamente conducente para alcanzarlo. Finalmente, si se está ante una potestad de configuración legislativa reducida, con el juicio de igualdad se analiza si el fin que justifica el trato diferente es imperioso, si la diferencia de trato adoptada por el legislador es necesaria para alcanzar el fin y si, además, no resulta desproporcionada stricto sensu. La determinación del grado de amplitud de la potestad de configuración del legislador depende i) de la materia regulada; ii) de los principios constitucionales tocados por la forma en que dicha materia fue regulada; y iii) de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente”.*⁶

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el juicio de igualdad estricto procede “1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa, tal como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones que están relacionadas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; 3) cuando aparece prima facie que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y 4) cuando la medida que es examinada es creadora de un privilegio”⁷. Por su parte, la valoración sobre la razonabilidad del trato desigual será intermedio cuando “la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”⁸. Y, el juicio de igualdad será leve, en principio, “para examinar la constitucionalidad de medidas legislativas en materias económicas, tributarias o de política internacional. También se utiliza regularmente para aquellos casos en los que está de por medio una competencia específica que ha sido asignada constitucionalmente a un órgano constitucional, cuando se trata de analizar una norma preconstitucional que ha sido derogada pero aún surte efectos en el presente, o cuando del contexto normativo del artículo demandado no aparece prima facie una amenaza para el derecho en cuestión”⁹.

⁶ Sentencia C-841 de 2003 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁷ Sentencia C-227 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁸ *Ibidem*.

⁹ Sentencia C-227 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

8. Específicamente en materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, no debe olvidarse que además de los postulados generales impuestos por el preámbulo y los artículos 1º y 13 de la Constitución, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional¹⁰ ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

En este último aspecto, en sentencia reciente¹¹, la Corte explicó que si bien es cierto la selección objetiva del contratista busca garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de acceso a la función administrativa, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado, no es menos cierto que esa conclusión no puede leerse en el sentido de indicar que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que la filosofía humanista de la Constitución y la consagración del Estado Social de Derecho, conciben la contratación administrativa como uno de los instrumentos adecuados para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, dirigido a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y a garantizar la materialización de los demás fines del Estado (Preámbulo y artículos 1º y 2º de la Carta).

En consecuencia, el principio a la igualdad y el derecho subjetivo a la no discriminación, entendidos éstos conceptos desde una perspectiva material que implica el trato igual o diferente pero no discriminatorio, también se imponen en la contratación administrativa no sólo respecto del legislador en el diseño de las normas generales de acceso a la función administrativa, sino también frente a la administración en los procesos de selección y adjudicación de los contratos estatales en concreto.

9. Después de hacer una sencilla descripción de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la interpretación del principio y derecho a la igualdad, que se reitera en esta oportunidad, ahora la Sala averiguará la

¹⁰ Entre otras, pueden verse las sentencias C-887 de 2002, T-724 de 2003 y C-932 de 2007.

¹¹ Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

regulación normativa de las micro, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera, en especial con relevancia en la contratación con el Estado.

Diferencias entre las Mipymes en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera¹² especialmente en la contratación administrativa

10. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000, tal y como fue modificado por los artículos 2° de la Ley 905 de 2004 y 75 de la Ley 1151 de 2007, se entiende por micro, pequeñas y medianas empresas aquellas unidades de explotación económica, que realizan personas naturales o jurídicas, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que respondan conjuntamente a los siguientes parámetros: 1. Número de Trabajadores Permanentes y 2. Valor de las Ventas Brutas Anuales y/o Activos Totales, de acuerdo con los rangos que señalará el reglamento que para el efecto se expida.

Sin embargo, en virtud de lo preceptuado en el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley 1151 de 2007, mientras se expide el decreto reglamentario que determine los rangos para la clasificación de esas empresas, la definición de Mipyme será la contenida en los artículos 2° de las Leyes 590 de 2000 y 905 de 2004, que a su tenor literal disponen:

“Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

1. Mediana empresa:

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o*
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

2. Pequeña empresa:

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o*
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,*

3. Microempresa:

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,*
- b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes*

¹² Cabe recordar que mediante Decreto 4327 de 2007, se fusionaron las Superintendencias Bancaria y de Valores para crear la Superintendencia Financiera.

(...)”

De esta forma, se observa que la definición legal de la naturaleza jurídica de la micro, pequeña y mediana empresa no está dada por la actividad que desempeña ni por el tipo de órganos que la controla, sino por dos criterios objetivos: i) su capacidad para generar empleo y, ii) el capital de trabajo.

11. Ahora bien, la norma acusada regula una diferencia de trato entre las Mipymes generales y las vigiladas por la Superintendencia Financiera. Entonces, es necesario establecer cuáles son las micro, pequeñas y medianas empresas que están sujetas a dicho control. Sin embargo, en razón a que no existe norma expresa que indique cuáles son esas empresas, la Sala debe deducirlo con base en las funciones atribuidas a la entidad y en consideración con el tipo de sociedades que están legalmente autorizadas a desarrollar las actividades sujetas a vigilancia estatal.

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

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 663 de 1993, las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera se constituirán como sociedades anónimas mercantiles o asociaciones cooperativas. Para adelantar sus operaciones deben obtener un certificado de autorización que exige demostrar, entre otras cosas, el monto de capital mínimo exigido por la ley, estudios de factibilidad de la empresa, la infraestructura tecnológica y administrativa para el desarrollo del objeto social, mecanismos de control interno y plan de gestión de los riesgos propios de la actividad.

12. En cuanto al capital mínimo que deben acreditar las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia, el artículo 80 del Decreto 663 de 1993 dispone que para los establecimientos bancarios será de cuarenta y cinco mil ochenta y cinco millones de pesos (\$45.085.000.000); para las corporaciones financieras de dieciséis mil trescientos noventa y cinco millones de pesos (\$16.395.000.000.); para las compañías de financiamiento comercial

de once mil seiscientos trece millones de pesos (\$11.613.000.000); para las sociedades fiduciarias de tres mil cuatrocientos diecisiete millones de pesos (\$3.417.000.000); para las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones de seis mil ochocientos treinta y un millones de pesos (\$6.831.000.000); para las sociedades administradoras de fondos de cesantías de tres mil cuatrocientos diecisiete millones de pesos (\$3.417.000.000) y para las demás entidades financieras será de dos mil setecientos treinta y tres millones de pesos (\$2.733.000.000). **Estos montos se ajustan anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE.**

Para las entidades aseguradoras, con excepción de las empresas que tengan como objeto exclusivo ofrecer seguro de crédito a la exportación, el capital mínimo será de cinco mil quinientos millones de pesos (\$5.500.000.000.00). Las entidades reaseguradoras y aquellas entidades aseguradoras que efectúen actividades propias de las entidades reaseguradoras deberán acreditar como capital mínimo veintidós mil millones de pesos (\$22.000.000.000.00). Esos valores también vienen siendo objeto de incremento anual conforme a la variación del índice de precios al consumidor acreditado por el DANE desde la vigencia del Decreto 663 de 1993.

13. El cumplimiento de esos requisitos es obligatorio para todas las empresas que están sometidas al control de la Superintendencia Financiera, salvo para el caso de los intermediarios de seguros que, por disposición de los artículos 54 y 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, su constitución está sometida a las normas generales del Código de Comercio, la empresa no requiere demostrar capital mínimo para su funcionamiento y no se les exige certificado de autorización sino la inscripción ante la Superintendencia Financiera, previo el cumplimiento de requisitos tales como la acreditación de la idoneidad de los socios gestores y los administradores y que ellos no incurren en las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la ley.

14. La breve descripción normativa efectuada le permite a la Corte inferir dos conclusiones relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

La primera, que el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera sobre las Mipymes no tiene relación con su capital, ni con su naturaleza jurídica, sino que lo determina la actividad desarrollada por la empresa. Entonces, si el objeto social que pretende adelantar la Mipyme está relacionado con actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público, debe ser controlada por la Superintendencia Financiera.

La segunda conclusión, que, de acuerdo con la reglamentación sistemática, las únicas Mipymes que pueden ser objeto de control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera son los intermediarios de seguros, en tanto que esa actividad es la única que puede ser desempeñada por empresas cuyo capital se ajusta a la definición de micro, pequeña o mediana empresa, en tanto

que para prestar ese servicio la empresa no requiere demostrar capital mínimo para su funcionamiento¹³.

Este último aspecto muestra que, en sentido estricto, la norma acusada establece una diferencia de trato para obtener los beneficios en la contratación administrativa señalados en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, entre las micro, pequeñas y medianas empresas que adelanten cualquier actividad y que aspiren a suscribir cualquiera de los contratos estatales a que se refiere la norma (la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales) y las micro, pequeñas y medianas empresas cuyo objeto social o cuya actividad a contratar sea la intermediación de seguros. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, *“son intermediarios de seguros los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades contempladas en el presente estatuto”*.

15. Ahora, para efectos de la contratación estatal con micro, pequeñas y medianas empresas para la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra cuando la cuantía del contrato no exceda los 750 salarios mínimos legales vigentes (hipótesis previstas en la norma donde se incluye la disposición acusada), el ordenamiento jurídico también distingue dichas empresas en general con los intermediarios de seguros, como pasa a verse:

Mientras que la mayoría de las Mipymes se rigen por las normas generales de la contratación estatal para la selección objetiva, transparente y responsable del contratista (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008, entre otras codificaciones), la celebración de contratos con los intermediarios de seguros está sometida a disposiciones especiales que no sólo buscan flexibilizar el proceso de selección sino también adecuar la contratación a la naturaleza del negocio jurídico. De esta forma, bajo la vigencia del actual Estatuto de la Contratación Administrativa, desde los Decretos 1898 de 1994 y 1436 de 1998 hasta la norma de actual aplicación: el Decreto 2474 de julio de 2008, la selección de intermediarios de seguros ha sido objeto de especial reglamentación.

En efecto, en desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el artículo 9° del Decreto 855 de 1994, autorizó a las entidades públicas a *“emplear intermediarios de seguros, los cuales, cuando no impliquen erogación a cargo de la entidad estatal y a favor del intermediario, se seleccionarán mediante concurso, que se convocará por medio de invitación pública formulada a través de periódicos de amplia circulación nacional o regional, de acuerdo con el nivel de la entidad... en la invitación se fijarán los criterios de selección del intermediario de acuerdo con los principios*

¹³ Se recuerda que uno de los parámetros para definir la mediana empresa es que su capital para funcionamiento se encuentre entre 5.001 y 30.000 salarios mínimos. Ahora, de acuerdo con el artículo 80 del Decreto 663 de 1993, las entidades financieras que menos capital deben tener son las residuales que en el año de 1993 debían demostrar 2.733 millones de pesos, correspondientes a 33.529 salarios mínimos del momento (en ese entonces el salario mínimo era de \$81.510)

señalados en la Ley 80 de 1993, tomando en cuenta la capacidad técnica y patrimonial, la idoneidad y la infraestructura operativa que coloque a disposición de la entidad contratante...”

Posteriormente, el Decreto 1436 de 1998, reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 para determinar un proceso especial de selección de intermediarios de seguros. Esa normativa fue derogada por el artículo 83 del Decreto 66 de 2008 y, éste a su vez, fue sustituido por el Decreto 2474 de 2008, en cuyos artículos 75 y 76, regula el concurso de méritos para la escogencia de intermediarios de seguros, así:

Artículo 75. Criterios de evaluación de intermediarios de seguros. La selección de intermediarios de seguros se realizará por concurso de méritos de conformidad con el procedimiento señalado en el presente decreto. La aplicación de los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones seguirá exclusivamente las siguientes reglas:

1. La valoración de la experiencia específica del proponente incluirá, además de lo señalado en el numeral 1 del artículo 68 del presente decreto, el manejo de programas de seguros iguales o similares al requerido por la entidad, detallando los ramos y las primas.

2. La valoración de la propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo a que se refiere el numeral 2 del Artículo 68 del presente decreto, valorará el plan de administración de riesgos, el cual comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a. Propuesta de cobertura y condiciones. Esta contemplará el plan de trabajo a desarrollar para estructurar los pliegos de condiciones que darán lugar a la selección de la aseguradora con la cual la entidad estatal contratará su programa de seguros, incluyendo en éste los criterios técnicos generales que se utilizarán para la estructuración del programa de seguros.

En ningún caso se solicitará dentro de los pliegos la descripción de coberturas, límites, deducibles, cláusulas adicionales, procedimiento para atención de siniestros, etc.

b. Programa de prevención de pérdidas. El proponente deberá ofrecer el programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal, entendido éste como las actividades y recomendaciones tendientes a detectar, prevenir, minimizar o eliminar todos aquellos riesgos potenciales que puedan materializar los riesgos cubiertos por una póliza de seguro. Este programa contemplará la propuesta para minimizar los factores de riesgo y el cronograma de actividades.

3. La valoración de la formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo a la que se refiere el numeral 3 del artículo

68 del presente decreto, incluirá el tiempo y clase de dedicación del personal al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes (permanente, compartida, exclusiva).

4. *Oferta de soporte técnico. Comprende el conjunto de recursos, distintos al humano, que el corredor ofrece tener al servicio de la entidad estatal en función directa del objeto del contrato.*

Parágrafo 1. Para la ponderación de las propuestas técnicas la entidad asignará un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento (40%) del total del puntaje al criterio a que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo, la propuesta metodológica y el plan y cargas de trabajo referidos en el numeral 2 ídem, y la oferta de soporte técnico a la que se refiere el numeral 4 ídem, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado al criterio del numeral 1 sea superior al asignado al criterio señalado en el numeral 2, y éste a su vez sea superior al porcentaje señalado al criterio del numeral 4. En ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%).

Parágrafo 2. No podrá exigirse como condición o tenerse como criterio para la evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal u otros aspectos o actividades que no correspondan al objeto directo de la selección.

Artículo 76. Oportunidad del concurso y término de vinculación.

La selección de intermediario de seguros deberá realizarse en forma previa a la escogencia de la entidad aseguradora. En casos excepcionales debidamente justificados por la entidad estatal, podrá efectuarse esta selección de manera concomitante.

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

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

Lo anterior muestra, entonces, que si bien es cierto el proceso de selección de los intermediarios de seguros es diferente al de los demás contratistas con el Estado, no lo es menos que esa regulación especial debe aplicarse por igual o en forma independiente de si es una Mipyme o una gran empresa de intermediación de seguros. Por lo tanto, es claro que al comparar este mismo tipo de empresas –aquellas cuyo objeto social sea adelantar alguna de las formas de intermediación de seguros- no existe diferencia en el proceso de selección de contratistas cuando éstas son micro, pequeñas, medianas o grandes empresas, pues todas ellas están vigiladas por la Superintendencia Financiera y sometidas a regulación especial.

16. Pero de otra parte, si se comparan las Mipyme que adelantan cualquier actividad lícita y aquellas que se dedican a la intermediación de seguros, esto es, las vigiladas por la Superintendencia Financiera, es claro que las segundas están sometidas a un proceso especial de selección del contratista.

Planteadas así las cosas, entonces, corresponde a la Sala determinar si el hecho de que las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera estén sometidas a un proceso especial de selección del contratista u otros motivos que podrían deducirse de la reglamentación general de la materia, constituyen razones suficientes y proporcionadas para excluirlas de aquellas prerrogativas contempladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Para ello, la Corte debe adelantar el correspondiente juicio de igualdad y averiguar, en primer lugar, si el criterio de diferenciación que utiliza la norma acusada para excluir de los beneficios en la contratación administrativa a algunas Mipymes (ser vigiladas por la Superintendencia Financiera) realmente las hace diferentes para obtener los beneficios consagrados en la norma acusada y, en segundo lugar, si ese trato diferente resulta válido constitucionalmente a la luz de la comparación entre los objetivos que se persiguen con la consagración de acciones afirmativas en la contratación y los medios utilizados por la norma demandada.

Discriminación en contra de la Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera.

17. El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 autorizó a las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Administrativa a incluir en los pliegos de condiciones beneficios a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), de acuerdo con el reglamento. Los privilegios estarán destinados a fomentar la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra local o departamental, cuyo valor no exceda de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dentro de las ventajas establecidas por esa norma a favor de las Mipymes se encuentran, entre otras, la subcontratación preferente y la consagración de líneas de crédito blando.

Tal y como se evidencia en los antecedentes legislativos del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el objetivo de esa medida fue promover la contratación con

las pequeñas y medianas empresas para hacerlas más competitivas y fortalecer su desarrollo. Así, en la exposición de motivos de uno de los proyectos de ley¹⁴ se explicó que con las modificaciones puntuales del Estatuto de la Contratación se pretendía asegurar la vigencia de los principios constitucionales de la función pública y en especial el de igualdad material de acceso a la contratación administrativa. En el transcurso del debate resulta interesante la intervención del Senador Andrés González quien defendió las medidas de discriminación positiva a favor de las Mipymes y explicó sus alcances, de la siguiente manera:

“Tengo un ejemplo conocidísimo en un condado cercano a New Cork, donde todas las compras y servicios estatales que allí se hagan en un porcentaje del 10 o el 15 por ciento, deben ser atendidas con empresas pequeñas y medianas empresas de esos municipios.

Entonces si se va hacer un cableado de computador, no es cierto, en ese municipio, pues si todo se contratara con los grandes, las 3, 4, 10 o 20 empresas internacionales especialistas en eso, ganarían todos los contratos y jamás habría en ese país, sino 4, 5 o 6 grandes empresas en cada nivel de la economía... Colombia ha tratado de establecer esta medida desde el año 76 siempre se ha dicho, no esto no se puede porque hay que preservar la libertad de comercio y la libertad de industria, no es que no se puede, porque no se puede establecer la discriminación, pero resulta que la peor discriminación es la que se establece con los pequeños industriales y comerciantes de cada municipio del país, que siempre resultarán barridos por las grandes empresas que manejan economía de escala”. Se llegó a proponer un porcentaje mínimo de las contrataciones con pequeñas y medianas empresas del municipio, de jóvenes o madres cabeza de familia”¹⁵

En su intervención ante la Comisión Primera del Senado y posteriormente en Plenaria la viceministra de justicia estuvo de acuerdo con utilizar la contratación pública como un mecanismo para la distribución adecuada del ingreso y para incentivar las pequeñas y medianas empresas, pero advirtió que ese objetivo no podría dejar de lado el deber de obtener contratistas que ofrezcan calidad y seriedad de las ofertas, por lo que propuso que los temas específicos sean regulados en el reglamento¹⁶

¹⁴ En el proyecto de ley número 20 de 2005 Senado, presentado por los entonces Ministros de Transporte y del Interior y Justicia, doctores Andrés Uriel Gallego y Sabas Pretelt de la Vega, respectivamente, se propuso que “con el fin de garantizar el mayor beneficio socioeconómico posible de los recursos fiscales involucrados en la contratación, se podrán adoptar medidas que tengan por objeto beneficiar el desarrollo de la pequeña y mediana empresa// de conformidad con los criterios que señale el reglamento, podrán establecerse convocatorias públicas limitadas a los miembros de estas categorías de proponentes, así como establecer medidas que promuevan la subcontratación preferente de las mismas, sin perjuicio de otras que mejoren su competitividad en el mercado de la contratación estatal”. Gaceta del Congreso número 458 del 1º de agosto de 2005. Página 6

¹⁵ Gaceta del Congreso número 23 del 30 de enero de 2006. Página 11.

¹⁶ Gaceta del Congreso número 23 del 30 de enero de 2006. Página 23.

En el texto definitivo aprobado en plenaria del Senado de la República se observa que esa corporación autorizó mayores beneficios expresos a favor de las Mipymes respecto de los que finalmente se convirtieron en ley, tales como la distribución equitativa de los contratos, anticipos superiores a los previstos en la ley para la contratación en general y la posibilidad de imponer un porcentaje del presupuesto estatal que estaría destinado a la contratación con Mipymes¹⁷.

Posteriormente, la Cámara de Representantes aceptó la propuesta formulada en el sentido de admitir la consagración de algunas prerrogativas en los pliegos de condiciones para la contratación administrativa con micro, pequeñas y medianas empresas, aunque consideró conveniente modificar el texto para suprimir el deber de contratar un porcentaje determinado del presupuesto público con este tipo de empresas y la obligación de distribuir los contratos en forma equitativa¹⁸. Así, por ejemplo, la ponencia para segundo debate en la Cámara dejó en claro que el objetivo de la propuesta era promocionar la creación de empresa con garantías de cumplimiento y eficacia para el Estado¹⁹.

Como puede verse, fue clara la intención del legislador de autorizar al reglamento a fijar condiciones concretas para facilitar las acciones afirmativas en la contratación pública con micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo.

18. Ahora bien, la norma acusada excluyó de esos beneficios a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera (que como se vio, la restricción se limita a las micro, pequeñas y medianas empresas de intermediarios de seguros). Sin embargo, contrario a lo sucedido con la consagración de las medidas de discriminación positiva autorizadas en las que hubo motivación expresa, el legislador no fue claro al describir cuál fue el motivo o cuáles fueron los argumentos en que se apoyó para excluir del beneficio a dichas empresas. En efecto, el texto ahora demandado surgió del debate acaecido en la plenaria de la Cámara de Representantes²⁰, cuya diferencia fue posteriormente conciliada con el Senado de la República, tal y como consta en los Informes de conciliación publicados en las Gacetas del Congreso números 274 y 275 de 2007.

¹⁷ Gaceta del Congreso número 282 del 11 de agosto de 2006. Página 22.

¹⁸ Gaceta del Congreso número 536 del 15 de noviembre de 2006. Página 6

¹⁹ Gaceta del Congreso número 96 del 27 de marzo de 2007. Páginas 1 a 6

²⁰ Tal y como consta en la Gaceta del Congreso 681 del 19 de diciembre de 2006, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes modificó el que ahora es artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 en el sentido de incluir el mínimo de creación de la Mipyme de 1 año antes de la celebración del contrato, pero no se dijo nada respecto de la exclusión ahora demandada. Sin embargo, en el texto definitivo del articulado aprobado por la plenaria de la Cámara ya aparece el párrafo 3º del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007: Gaceta del Congreso número 261 de 2007. Páginas 8 a 15.

19. Así las cosas, para la Sala es evidente que el legislador no hizo públicas las razones en que se apoyó para excluir de las medidas afirmativas a las Mipymes controladas por la Superintendencia Financiera. No obstante, aunque, en principio, correspondería al legislador la carga argumentativa para sustentar las razones que justifican el trato distinto y desfavorable otorgado sólo a algunas micro, pequeñas y medianas empresas y que la falta de motivación podría ser considerado un indicio de trato desigual arbitrario, el solo hecho de que las razones no aparezcan expresamente en el debate parlamentario no es suficiente para concluir la existencia de una discriminación, puesto que es posible que la interpretación sistemática de la ley y su confrontación con las disposiciones superiores permita deducir cuáles fueron las razones del trato distinto que no sólo pueden ajustarse sino que resultarían necesarias para maximizar la fuerza normativa de la Constitución. Por esa razón, se procede a adelantar el juicio de igualdad con base en la hermenéutica integral de la disposición acusada.

20. El criterio de comparación escogido por la norma acusada para excluir de los beneficios consagrados en la ley para las Mipymes es el ser objeto de vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera. Dicho de otro modo, se excluyen de los privilegios que la administración puede conceder a las micro, pequeñas y medianas empresas en la contratación pública únicamente a aquellas cuyo objeto social sea desarrollar actividades financiera o bursátil que, de acuerdo con la reglamentación actual, se limita a las pequeñas y medianas empresas que operan como intermediarios de seguros. Ahora, como se vio, los intermediarios de seguros tienen reglas precisas de acceso a la contratación estatal que flexibilizan el proceso de selección y facultan a la administración a exigir condiciones específicas para el contratista de tal forma que se garantice la transparencia, seriedad y cumplimiento del contrato estatal. Por consiguiente, a esta Corporación corresponde averiguar si esa diferencia en la contratación o el hecho de que la actividad sea controlada por la Superintendencia Financiera son razones constitucionalmente válidas para que el legislador hubiere consagrado la excepción que ahora se demanda.

21. Podría decirse que la actividad y la regulación especial de la contratación con intermediarios de seguros son dos factores objetivos de diferenciación que serían suficientes para justificar la diferencia de trato entre Mipymes que desarrollan cualquier actividad y las que son vigiladas por la Superintendencia Financiera, en tanto que el intérprete constitucional no puede desconocer la libertad de configuración normativa del legislador para establecer distinciones en materia de contratación pública.

Sin embargo, como en reiteradas oportunidades lo ha explicado esta Corporación, la libertad de configuración normativa del legislador no puede confundirse con la arbitrariedad de su ejercicio ni puede ser el único argumento para justificar el trato jurídico disímil. La Corte ha dicho que cuando la ley configura diferencias de trato, precisamente por respeto a la potestad normativa del legislador, la intensidad del control de

constitucionalidad puede ampliarse o restringirse de acuerdo con la materia regulada, los principios constitucionales en tensión y las personas afectadas favorable o desfavorablemente con el trato diferente. En consecuencia, el solo hecho de que el legislador tenga libertad de configuración para regular las condiciones de la contratación administrativa no es suficiente para autorizar el trato diferente, pues debe tener objetivos constitucionales para proteger y el medio empleado por el legislador resulte razonable y proporcionado.

22. Pues bien, a pesar de que la diferencia de trato se establece en una materia de contenido económico (privilegios en la contratación pública) y por ello podría pensarse que la Sala debe adelantar un *test* débil de igualdad, no debe olvidarse que la regulación demandada excluye de la aplicación de medidas de discriminación positiva a micro, pequeñas y medianas empresas que, por su condición de debilidad en el mercado y por su importancia para generar fuentes de trabajo a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, han sido objeto de fomento y apoyo especial por parte del Estado, tal y como se describió en el fundamento jurídico 17 de esta providencia. Por lo tanto, el trato distinto por el que el legislador optó no sólo afecta negativamente a grupos de la población que se encuentran en situación de debilidad, sino que confronta varios principios y derechos de importancia constitucional, tales como: de un lado, el de prevalencia del interés general, la transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa que se protegen en la contratación pública (artículos 1º y 209 superiores) y, de otro, el principio de igualdad que supone la especial protección a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta y los derechos al trabajo, a la no discriminación y al acceso a la competencia en condiciones de igualdad y libertad (artículos 1º, 13, 25 y 333 de la Constitución). En consecuencia, para el análisis de constitucionalidad de la norma acusada la Sala utilizará *el test* de igualdad estricto.

Sobre la utilización del *test* estricto a pesar de que la ley regule asuntos de contenido económico, en ocasiones similares esta la Corte llegó a la misma conclusión. Así, por ejemplo, en sentencia C-1017 de 2003, dijo que la intensidad del juicio de constitucionalidad dependía de la relevancia constitucional de los valores que se ponían en riesgo con la medida analizada. La intensidad del juicio de constitucionalidad debía ser estricta cuando a pesar de que la norma demandada era de contenido económico, lo que estaba en juego no era solamente eso, sino su incidencia directa en el goce efectivo de derechos constitucionales.²¹

23. El primer paso en este escrutinio consiste en averiguar cuáles son los objetivos constitucionales que se pretenden amparar con el trato diferente consagrado en la norma acusada. Aunque, como se explicó, en los antecedentes históricos no aparece con claridad cuáles son los objetivos de la restricción, lo cual podría constituir por si mismo un indicio de

²¹ Cf. Sentencia C-1017 de 2003.M.P Rodrigo Escobar Gil. Manuel José Cepeda Espinosa.

discriminación, la Sala encuentra que la exclusión de las acciones afirmativas en la contratación administrativa para las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera podría tener como finalidad proteger los principios de prevalencia del interés general, economía y eficacia de la función administrativa consagrados en los artículos 1º y 209 de la Constitución, en tanto que al impedir que se utilicen criterios a favor de algunos proponentes se garantiza la seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista y la escogencia de la oferta más favorable para el Estado. Evidentemente, los objetivos de la norma acusada son valiosos e imperiosos para la eficacia de los principios constitucionales que se protegen.

24. En segundo lugar, debe analizarse si el medio empleado por el legislador resulta razonable a la luz de los principios constitucionales que se pretenden proteger. Para ello, es importante averiguar si el medio no está constitucionalmente prohibido o si ese era necesario y adecuado para obtener el resultado buscado.

La Sala considera que la exclusión de las acciones afirmativas señaladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 únicamente a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera (los intermediarios de seguros) no es absolutamente necesaria ni adecuada para obtener la seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista, por dos razones: La primera, porque contrario a la lógica que maneja la norma acusada, la vigilancia de una empresa por parte de una entidad pública ofrece mayores garantías de solidez, liquidez y confianza en el manejo adecuado de sus negocios. La segunda, porque el proceso de selección de los intermediarios de seguros es idéntico para el caso de grandes empresas o de Mipymes, por lo que las medidas de discriminación positiva solamente se aplicarían para lo que sea conforme a la naturaleza particular del contrato que determine el reglamento, tal y como lo dispone el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Y, la tercera, porque el hecho de que sea una Mipyme no necesariamente la hace débil en seriedad y cumplimiento o ejecución de contratos para la provisión de obras, bienes, servicios cuya cuantía no excede de 750 salarios mínimos, acuerdos que son los destinatarios de las medidas afirmativas autorizadas por la ley. En consecuencia, como la medida restrictiva acusada no es adecuada ni necesaria para obtener el fin propuesto, se infiere su disconformidad con la Constitución.

De igual forma, la norma acusada no es adecuada para escoger la oferta más favorable para el Estado, en tanto que si lo que pretende la ley es fomentar el desarrollo de pequeñas empresas para impulsar la economía y el empleo nacional, evidentemente la oferta más favorable no es solamente la presentada por la empresa más sólida, sino por la empresa en crecimiento que crea nuevos empleos y se proyecta en la economía de mercado, sin sacrificar el cumplimiento y seriedad de la ejecución contractual.

25. Finalmente, la Sala considera que el medio empleado por la norma acusada resulta desproporcionado en relación con los derechos sacrificados. Dicho de otro modo, se concluye que el sacrificio de los derechos a la

igualdad de las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera y al trabajo de los empleados de esas empresas resulta exagerado frente al beneficio social pretendido de seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista y la escogencia de la oferta más favorable para el Estado, por lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en la ley, las medidas de discriminación positiva contempladas en la contratación están sometidas a la regulación reglamentaria y a la valoración que en el caso concreto puede hacer la administración, de tal forma que en el diseño particular de los factores de escogencia contenidos en los términos de referencia o en el análisis previo de la selección del contratista, pueden incluirse cláusulas que propendan por los mismos objetivos que aquí se implementan sin que sean sacrificados los derechos al trabajo y a la no discriminación de las micro, pequeñas o medianas empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera.

De otra parte, no debe perderse de vista que, tal y como se evidencia en los antecedentes legislativos del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las acciones afirmativas a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, que son perfectamente aplicables a las controladas por la Superintendencia Financiera o por cualquier autoridad pública, concretan políticas públicas de enorme interés político e importancia constitucional no sólo porque inciden en el crecimiento de la economía nacional sino también porque contribuyen de manera eficaz y adecuada a incrementar el empleo no calificado de personas que se encuentran en clara situación de vulnerabilidad por su falta de capacidad económica y de preparación profesional. Entonces, como la exclusión de beneficios en la contratación administrativa para ese tipo de empresas, cuyos objetivos constitucionales son de igual manera imperiosos para el país, debía contar con una justificación suficientemente clara y adecuada y no la hubo, ni de manera expresa o tácita, es fácil inferir su desproporcionalidad.

26. Con todo, podría pensarse que el solo hecho de que las micro, pequeñas y medianas empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera desarrollen una actividad de interés público que goza de especial atención por parte del Estado (artículo 335 de la Constitución) justifica el trato diferente otorgado en la norma acusada y es razón suficiente para excluirlas de las acciones afirmativas en la contratación administrativa.

Pese a que a primera vista esa conclusión parecería cierta, la Sala no la comparte porque la regulación sistemática de la actividad aseguradora y la lectura detenida de las normas especializadas permite demostrar que la actividad excluida del fomento mediante acciones afirmativas en la contratación (la intermediación de seguros) no implica riesgo para el Estado ni representaría afectación para los intereses implícitos a la contratación pública, precisamente por eso la ley diseñó el proceso de contratación más flexible para todos los intermediarios de seguros en tanto que ellos no se escogen por licitación pública sino por concurso de méritos. En efecto, de acuerdo con la

regulación legal actualmente existente, es claro que la labor de intermediación de seguros no implica ni riesgo social ni maneja una actividad que podría afectar los intereses del Estado en la contratación pública, pues el artículo 40 del Estatuto Orgánico de Presupuesto es claro en señalar que “*son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador*”. Y, el artículo 41 de esa misma normativa define los agentes colocadores de pólizas de seguros como “*las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguro y de capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización*”. Por su parte, el objeto social de las entidades aseguradoras, tal y como lo regula el artículo 38 del Decreto 663 de 1993, es la “*realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente... efectuar operaciones de reaseguro... las sociedades cuyo objeto prevea la práctica de operaciones de seguros individuales sobre la vida deberán tener exclusivamente dicho objeto, sin que su actividad pueda extenderse a otra clase de operaciones de seguros, salvo las que tengan carácter complementario*”.

Nótese que a diferencia de la actividad aseguradora en la que sí se involucran aspectos técnicos de enorme envergadura respecto de la seguridad, seriedad y solidez de la empresa con la que se contrata la póliza que establece los términos y condiciones en las que asumiría un siniestro, la labor de intermediación de seguros se limita a gestionar ante la administración las propuestas que el mercado asegurador ofrece y a adelantar los trámites pertinentes en caso de siniestro ante la entidad aseguradora con la que se contrató el seguro. Luego, no es cierto que los intermediarios de seguros adelanten actividades que pongan en riesgo los principios propios de la contratación administrativa que impida la aplicación de las medidas de acción afirmativa señaladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 para fomentar las micro, pequeñas y medianas empresas.

27. En consideración con todo lo expuesto, la Sala concluye que la diferencia de trato para efectos de acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera es discriminatoria y, por lo tanto, contraria al artículo 13 de la Constitución, por lo que será declarada inexecutable.

III. DECISION

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

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** el párrafo 3° del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Presidente
Ausente en comisión

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
Ausente en comisión

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Impedimento aceptado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General