



**Tribunal Administrativo del Quindío
Sala Tercera de Decisión**

Armenia (Q), veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos
CAMPUS

005-2021-25

CONSIDERACIONES INICIALES

ASUNTO

Agotadas todas las etapas previstas dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y cumplidos los presupuestos procesales de esta acción, el Tribunal Administrativo del Quindío procede a dictar en primera instancia la sentencia que en derecho corresponde.

La demanda¹

El Consorcio Campus integrado por Carlos Hernán Arias Betancourth, Marco Javier Gaviria Silva, Elber Zapata Maya y Juan Carlos Sánchez Gálvez, a través de apoderado judicial, promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Universidad del Quindío, con el fin que se resuelva sobre las siguientes:

Pretensiones

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 5984 del 25 de abril de 2019 “*Por medio de la cual se hace una adjudicación*” y de la Resolución No. 6029 del 10 de mayo de 2019 “*Por medio de la cual se adiciona el contenido de la Resolución 5984 de 2019*”, proferidas por la Universidad del Quindío.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

¹ Archivo digital 1. Cuaderno Principal #1- 1.Demanda.pdf

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

- Se declare que el Consorcio Campus era la oferta más favorable a los intereses de la entidad, conforme a los requerimientos señalados en el pliego de condiciones definitivo del proceso de selección invitación pública 003 de 2019 adelantado por la Universidad del Quindío.
- Se indemnicen los daños económicos causados al Consorcio Campus correspondiente a la utilidad que se esperaba percibir y que se encuentra discriminada en la oferta económica presentada con su propuesta.
- Se indemnicen los demás perjuicios que se logren demostrar en el proceso.
- Se condene a la entidad demandada a reconocer el valor correspondiente a la indexación de las sumas que se reconozcan a favor de la parte demandante, calculada desde la fecha en que se adjudicó la invitación pública No. 003 de 2019 hasta la fecha en que se produzca el pago.

Fundamento fáctico

La parte demandante soporta sus pretensiones en los siguientes hechos que la Sala encuentra relevantes:

La Universidad del Quindío elaboró invitación pública No. 003 de 2019 para la remodelación y optimización de escenarios deportivos en el campus de la Universidad del Quindío, con el fin de que todos aquellos interesados elaboraran sus propuestas de acuerdo a las indicaciones y requerimientos del pliego de condiciones.

Mediante Resolución No. 5344 de 11 de marzo de 2019 el rector de la Universidad del Quindío designó al comité evaluador de las propuestas dentro del proceso de invitación pública 003 de 2019.

El día 01 de abril de 2019 la entidad recibió siete (7) propuestas presentadas por los interesados en el proceso de contratación.

El comité evaluador profirió el informe de evaluación consignado en el Acta 001 en el que señala que el Consorcio Campus cumple con cada una de las condiciones contempladas en el pliego de condiciones, al igual que la oferta económica, razón por la cual recomiendan al Rector de la Universidad del Quindío adjudicar el contrato a dicho proponente.

En el informe de evaluación se indica que cuatro (4) proponentes obtuvieron la calificación de hábiles y no se encuentran incursos en causal de rechazo alguna, estos son, Consorcio Campus, Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos, Consorcio Escenarios EQUIMAS y Consorcio Atenas 2019.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Señala que el Consorcio Escenarios Deportivos se encuentra integrado por dos personas naturales y dos personas jurídicas y que en el informe de evaluación se indica que una de las personas jurídicas cuenta con certificado de existencia y representación legal, pero no se emite pronunciamiento alguno frente a la otra, específicamente, frente a Construyendo Porvenir S.A.S.

Manifiesta que Construyendo Porvenir S.A.S fue constituida el 13 de agosto de 2018, por lo que no cumplía con lo establecido en el pliego de condiciones numeral 5.1.4, esto es, que su constitución no podía ser menor de un año.

A través de Acta No. 002 el comité evaluador resuelve cada una de las observaciones planteadas por los participantes del proceso y ratifica la recomendación de adjudicar el contrato al Consorcio Campus por valor de \$7.594.668.888.

El evento de adjudicación se lleva a cabo los días 24 y 25 del mes de abril de 2019, en el que el Consorcio Escenarios Deportivos presentó una observación a la propuesta del Consorcio Campus con base en dos declaraciones juramentadas extra juicio de los señores Carlos Alberto Rozo Nader y Henry Reyes Betancourth, señalando que la información que dicho consorcio presentó en el anexo 7 de la propuesta referente al señor Marco Javier Gaviria Silva no correspondía a la realidad.

La entidad desestimó la información contenida en el anexo 7 y rechazó la propuesta del demandante bajo la causal No. 20 del numeral 7.10 del pliego de condiciones *“Cuando se comprueba que el contratista no entregó información idónea, completa y precisa que permita establecer el cumplimiento de los requisitos habilitantes o la evaluación de la propuesta”*

A través de la Resolución No. 5384 de 25 de abril de 2019 se adjudica el objeto de la invitación pública No. 003 de 2019 al Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos.

Fundamento jurídico.

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes:

- Artículos 6, 29, 83, 123 y 209 de la Constitución Política de Colombia;
- Artículos 6, 17, 81, 89, 90, 91, 93 y 97 del Acuerdo 050 de 2017 del Consejo Superior de la Universidad del Quindío.

Como causales de nulidad de los actos administrativos acusados invoca falsa motivación, desviación de poder y violación del debido proceso.

Sobre la falsa motivación.

Indica que la Universidad del Quindío se amparó en la presentación de una observación errada y equivocada por parte de un interesado en el proceso, y le dio

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

total validez al argumento expuesto por éste, rechazando de plano la propuesta del Consorcio Campus sin el respeto por las formas propias del procedimiento de selección en materia contractual.

Manifiesta que el acto de adjudicación está precedido y sustentado en una actuación cuyo origen se estructura en i) una evaluación que no acata los designios del pliego de condiciones, en especial lo relacionado a la primera etapa de revisión, con respecto a la empresa Construyendo Porvenir S.A.S integrante del Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos, que no cuenta con más de un año de constitución, situación que fue advertida por la entidad en un proceso similar como el adelantado, esto es, la invitación pública 014-2019, donde la Universidad del Quindío rechazó la propuesta del Consorcio del cual formaba parte la mencionada empresa, que correspondía a los mismos integrantes del Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos; ii) en la audiencia de adjudicación se llevó a cabo un evento que no obedece al procedimiento de selección, al permitir formular una observación completamente distinta a las planteadas en el informe de evaluación inicial, reviviendo una etapa que ya había fenecido, aunado a que correspondía a un requisito habilitante frente al cual debió abrirse un espacio para subsanarlo, con el fin de que el proponente Consorcio Campus hubiese rectificado la inexactitud o la falencia objeto de observación, evento que no se llevó a cabo, omitiendo la oportunidad que tenía el proponente de subsanar su propuesta y además vulnerando el debido proceso al revivir una faceta agotada; iii) por la aplicación de una causal de rechazo que no operaba en la propuesta del demandante por tratarse un requisito habilitante que ostenta la característica de ser subsanable.

Sobre la desviación de poder.

Señala que la Universidad del Quindío debía tener muy bien definido el proceso de selección conforme lo establece el Estatuto de Contratación, esto es, el Acuerdo 050 del 2017 proferido por el Consejo Superior de la Universidad del Quindío, por lo que si se hubiera acatado lo allí establecido se hubiera adjudicado el objeto de la invitación pública 003 de 2019 al Consorcio Campus, y no se hubiera rechazado su propuesta como efectivamente ocurrió al acatar una observación formulada por el oferente Consorcio Escenarios Deportivos, saltándose todas las reglas de procedimiento y adjudicándole el contrato a un oferente que no cumplía con los requisitos, vulnerando los principios de buena fe y la moralidad administrativa.

Vulneración del debido proceso.

Manifiesta que la manera en que fue descalificada y rechazada la propuesta del Consorcio Campus fue ilegítima, pues no solo correspondió a una observación realizada por un proponente que no cumplía los requisitos para ser considerado admisible, sino que además se realizó de manera extemporánea, esto es, cuando ya se había agotado el termino para realizar observaciones al informe de evaluación de propuestas, aunado a que se trataba de un requisito habilitante que no otorgaba puntaje y que tenía la condición de subsanable, pero que no

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

permitieron subsanar.

Vulneración del principio de selección objetiva.

Indica que con el principio de selección objetiva lo que se pretende es evitar que las entidades utilicen criterios subjetivos de los funcionarios al momento de evaluar las propuestas, de allí que se deba incorporar en los pliegos de condiciones cuáles son los requisitos subsanables y aquellos que no lo son, para definir de forma asertiva lo que busca la entidad que no es otra cosa que la satisfacción del interés general, situación que no aconteció en la invitación pública 003 de 2019, pues en la audiencia de adjudicación no se dio aplicación a las reglas del pliego de condiciones ni al estatuto de contratación de la Universidad del Quindío.

De otro lado, indica que si no se garantiza la libre concurrencia de los interesados se vulnera el principio de selección objetiva, pues al excluir proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes entre los que puede no esté la mejor oferta.

Vulneración del principio de transparencia.

Indica que el artículo 6 del Estatuto de Contratación de la Universidad del Quindío establece que bajo el principio de transparencia dicho ente implementará procedimientos de selección que garanticen la objetiva escogencia de contratistas, lo cual no se dio en la invitación pública 003 de 2019 ya que se desconoció un derecho en favor del Consorcio Campus y generó su rechazo, sin permitirle haber subsanado la inexactitud o la falencia del requisito habilitante referido al documento para el cálculo de la capacidad residual del integrante que, en criterio de otro proponente, no estaba conforme a las exigencias del pliego de condiciones, obedeciendo a un argumento netamente subjetivo que llevó al rechazo del demandante.

Vulneración del principio de responsabilidad.

Hace referencia al artículo 72 del Estatuto de Contratación de la Universidad del Quindío y el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, indicando que dentro del deber de selección objetiva se ha incorporado la responsabilidad en el manejo de la actuación contractual, erigiéndose como uno de los pilares fundamentales de la misma, pues se entiende que el actuar del servidor público está revestido del deber de obrar con lealtad, probidad y ajeno a cualquier clase de motivación subjetiva.

Manifiesta que en el caso concreto no se actuó con la diligencia y probidad requerida, al no respetar los procedimientos y las reglas del pliego de condiciones y del estatuto de contratación de la entidad, más aún teniendo en cuenta que el comité evaluador ya había recomendado en tres oportunidades la adjudicación del contrato al Consorcio Campus, pero de forma inesperada e irresponsable se desconoció dicha recomendación y se rechazó su oferta.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Contestación de la demanda²

Manifiesta que el Consorcio Campus figura como demandante dentro del proceso de la referencia sin que tenga legitimación en la causa por activa, toda vez que en este tipo de procesos se requiere tener la convicción de que la declaratoria de nulidad del acto de elección o adjudicación del contrato le será favorable al demandante, como lo indica el artículo 138 del CPACA.

Sostiene que se configura también la falta de legitimación en la causa por pasiva, manifestando que el demandante vulneró el principio de la buena fe al ocultar información o entregar alguna que no correspondía con la realidad, y que, por ende, también podría hablarse de un comportamiento desleal que conllevó al rechazo de la propuesta presentada, tal como lo establece la causal N°. 20 que indica *“Cuando se compruebe que el contratista no entregó información idónea, completa y precisa que permita establecer el cumplimiento de los requisitos habilitantes o la evaluación de la propuesta”*,

Señala que pretende el Consorcio que se le permitiera en la audiencia de adjudicación demostrar su capacidad residual, a pesar de haber actuado en contravía de la buena fe y sin cumplir con los términos preclusivos del proceso pre contractual.

Manifiesta que se requiere que todos los participantes del proceso de selección realicen actuaciones bajo el mandato de la buena fe, es decir, que quienes se postularon sean transparentes en la entrega de toda la documentación, además que lo contenido en ella corresponda con la realidad.

Afirma que en la prueba tomo 5 pagina 144 aparece anotado lo siguiente: *“Se concede el uso de la palabra al apoderado del CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS, quien presenta dos declaraciones extrajuicio correspondientes a los señores HENRY REYES BETANCOURT y CARLOS ALBERTO ROZO NADER, quienes en documento debidamente autenticado, afirman que la información relacionada por el consorciado MARCO JAVIER GAVIIRIA SILVA del CONSORCIO CAMPUS, el anexo 7, NO corresponde a la realidad ya que ellos actualmente no tiene sociedad no (???) el referido señor GAVIIRIA SILVA, ni hacen parte del su staff de profesionales. Exhibe las declaraciones y las coloca a disposición tanto de la Universidad como del consorcio objetado”*

Argumenta que lo anterior no fue desestimado por el Consorcio Campus, por lo que, en su criterio, no se puede argumentar que la decisión de la Universidad del Quindío fue infundada.

Indica que la Universidad del Quindío respetó todo el trámite contractual, además aduce que el actor solo alega que se presentaron dos circunstancias, la

² Archivo Digital 3.CONTESTACIÓN_DDA- 3.2 Contestación.pdf

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

primera relacionada con el hecho de que no se respetaron los términos para rechazar la propuesta, la cual, a su juicio, queda desestimada en razón a la vulneración del principio de la buena fe; y por otro lado porque no se declaró la causal de rechazo de la Consorcio que resultó elegido, lo que, aduce, ahora no puede reclamar porque no tiene legitimidad para solicitarlo.

Frente a la falsa motivación argumenta que la Universidad del Quindío otorgó el ejercicio de cada uno de los derechos de los postulantes dentro de la etapa precontractual, es decir, siempre actuó con transparencia e igualdad, se permitió que los proponentes presentaran las observaciones que según la ley son procedentes, y en momento alguno el Consorcio Campus pretendió que se rechazara la propuesta del Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos en razón a la falta de experiencia de una de las personas que lo constituyeron, además señala que la parte demandante pretende que la Universidad hubiese actuado con las pruebas presentadas en un proceso de selección público dado de forma posterior, más exactamente el número 014 –2019.

Indica que el accionante aduce que la Universidad debió seleccionar al consorcio Campus en razón a que cumplía a cabalidad con todos los requisitos legales y además tenía por recomendación del comité evaluador la mejor propuesta, lo cual, en su criterio, tampoco es cierto porque se encontraba incurso en la causal de rechazo número 20 del estatuto de contratación de la Universidad del Quindío.

Frente a la nulidad por desviación del poder indica que la Universidad del Quindío encontró que, al momento de la adjudicación, el proponente que estaba llamado a ser elegido se encontraba incurso en una causal de rechazo, hecho que conllevó a tomar la decisión de rechazar la propuesta.

En cuanto a la violación al debido proceso, manifiesta que no es cierto por cuanto se estaba frente a una causal de rechazo que no se subsana y que no se trataba de que no se hayan aportado documentos o que fueran ilegibles, sino que el Consorcio Campus allegó información que alteraba la capacidad residual.

Manifiesta que todo el proceso estuvo estrictamente ajustado a las regulaciones legales y estatutarias, sin embargo, el accionante alega una causal de nulidad por un acto realizado por él mismo, es decir, está alegando su propia culpa para soportar las pretensiones de una demanda.

Concluye que no existe vulneración al principio de responsabilidad puesto que el rechazo de la propuesta del demandante obedeció a un actuar de mala fe, pues ocultó la verdad e indicó hechos que no eran ciertos.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Vinculado Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos integrado por Carlos Alberto Rozo Nader, Fernando Arturo Ángel Peláez, A & M Construcol S.A.S. y la Sociedad Construyendo Porvenir S.A.S.

Guardó silencio.³

Alegatos de Conclusión y concepto del Ministerio Público.

Parte demandante⁴.

Reitera los argumentos expuestos en la demanda y adicionalmente manifiesta que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se permite también solicitar la reparación del daño, que en este caso es la utilidad que se esperaba percibir por parte del Consorcio Campus.

Aduce que el motivo que origina la demanda es la indebida actuación que realizó la Universidad del Quindío en la invitación pública 003 de 2019, al adjudicar a un oferente que no cumplía con los requerimientos del pliego de condiciones y rechazar la oferta del Consorcio Campus que cumplía con todos los requisitos del pliego, bajo la supuesta incursión en una causal de rechazo.

Indica que la evaluación que realizó el comité evaluador estaba dividida en dos etapas, la primera referida a los requisitos habilitantes y la segunda a la evaluación de la oferta económica, etapa en la que solo participaban aquellos proponentes que hubiesen sido calificados como admisibles en el primer evento, y por ello, en dicha etapa se llevó a cabo el siguiente procedimiento: *“surtida la primera etapa de evaluación se determina que las siguientes propuestas están habilitadas y no se encuentran en alguna de las causales de rechazo estipuladas por la entidad en el presente pliego de condiciones y podrán continuar con la evaluación de la oferta económica.”*

Afirma que es claro entonces que para proceder a evaluar la oferta económica de los proponentes, éstos no debían estar inmersos en las causales de rechazo señaladas en el pliego, y que adicionalmente el comité evaluador no solo recomendó una vez que la propuesta del Consorcio Campus era la más favorable a los intereses de la entidad, sino que también ratificó su decisión en dos oportunidades más, la primera en el Acta No. 002, documento en el que ratificaba la recomendación señalada en el informe de evaluación publicado (Acta No. 001) y la segunda en el Acta No. 003, documento elaborado durante la audiencia pública de adjudicación.

Explica que la Universidad del Quindío realizó un ajuste al formato de capacidad técnica del demandante para el cálculo de la capacidad residual, arrojando como resultado que cumplía con aquella exigida en el proceso, y por ello es que el comité reitera su recomendación.

³ Archivo digital 021PasoDespacho.pdf

⁴ Archivo digital 014.Alegatos- 14.2Demandante

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Refiere que el Consorcio Campus cumplía con el requisito de capacidad residual exigida en el proceso, aunado a que la misma obedece a un requisito habilitante, y que por dicha razón puede ser objeto de ajuste o subsanación por solicitud del comité evaluador, en consecuencia, aduce, la oferta presentada por el demandante era la mejor, al cumplir con cada uno de los requerimientos del pliego de condiciones de la invitación pública No. 003 de 2019.

Reitera que no era procedente adjudicar el contrato al Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos, ya toda vez que uno de sus integrantes, Construyendo Porvenir S.A.S, no tenía más de un año de constituido, porque había sido constituida en el mes de agosto de 2018, y el proceso fue abierto en el mes de marzo de 2019.

Señala que en la propia audiencia de adjudicación (acta No. 003) señalaron que realizado el ajuste al documento de capacidad técnica para el cálculo de la capacidad residual, esto es, retirando a los señores Reyes Betancourt y Rozo Nader, el demandante cumplía con la capacidad residual, con lo que, a su juicio, se deduce que la propuesta presentada por el Consorcio CAMPUS cumplía con los lineamientos del pliego.

Parte demandada⁵.

Señala que el accionante participó en el proceso precontractual como proponente, pero su actuar no estuvo acorde con los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Indica que en la etapa precontractual, el actuar de la administración estuvo direccionado al cumplimiento de los fines del Estado, es decir, la Universidad del Quindío solo garantizó que la empresa seleccionada cumpliera con el fin propuesto por la entidad.

Manifiesta que el proponente fue excluido del proceso precontractual en razón a que estaba incurrido en una causal de rechazo no subsanable.

Ministerio Público

No emitió concepto.

CONSIDERACIONES FINALES

El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 establece que; *“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este código, según el caso”*.

⁵ Archivo digital 014.Alegatos- 14.1Universidad del Quindío

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Así las cosas, al tenor de los artículos 138 y 152 numeral 3° de la Ley 1437 de 2011, esta Sala es competente para conocer el presente asunto en primera instancia.

Ahora bien, los presupuestos procesales de competencia, capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma se encuentran cumplidos.

De otra parte, la demanda fue presentada oportunamente y no se observa irregularidad alguna como tampoco la configuración de causal de nulidad procesal.

Así pues, se observa que la actuación procesal se ha surtido en debida forma.

Problema Jurídico

El análisis que debe realizar esta Corporación se circunscribe a determinar si las Resoluciones No. 5984 de 25 de abril de 2019 y 6029 de 10 de mayo de 2019 proferidas por la Universidad del Quindío se encuentran viciadas de nulidad por ser expedidas con infracción de las normas en que debían fundarse, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación y con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

Específicamente debe establecerse si se vulneró el derecho del Consorcio Campus de ser adjudicatario del contrato estatal objeto de la invitación pública No. 003 de 2019 para la remodelación y optimización de escenarios deportivos en el campus de la Universidad del Quindío, al reunir todos los requisitos habilitantes y ser la mejor propuesta para los intereses de la entidad desde los aspectos técnicos y económicos; en consecuencia, si se efectuó una adjudicación irregular.

Para resolver los problemas jurídicos planteados se hará referencia a i) el régimen jurídico aplicable; ii) pruebas; iii) caso concreto.

Sobre el régimen jurídico aplicable.

La naturaleza jurídica del contrato estatal va ligada a un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es, en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, pues los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal.

Sin embargo, el Consejo de Estado al analizar la naturaleza jurídica del contrato estatal, se dio cuenta que, si bien puede que en uno de los extremos del contrato se encuentre una entidad estatal, dicha entidad se rija por un régimen jurídico distinto al del estatuto de contratación, es así como en auto de 20 de agosto de 1998, expediente 14.202, manifestó:

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

“(…) A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

2º Contratos estatales especiales. (…)”⁶

Siguiendo los anteriores parámetros, se debe distinguir entre dos tipos de contratos, los contratos estatales propiamente dichos –regidos por el estatuto de contratación y los contratos estatales especiales –regidos por regímenes diferentes-.

Ahora bien, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 establece:

“ARTÍCULO 93. *Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.*

La Corte Constitucional al analizar la norma antes referida indicó:

“En este orden de ideas, la Corte considera que no le asiste razón al demandante, pues los mandatos acusados no infringen el inciso final del artículo 150 de la Carta, y por el contrario son pleno desarrollo del artículo 69 ibídem,

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ. Santa Fe de Bogotá D.C., agosto veinte de mil novecientos noventa y ocho. **Radicación número: 14202. Actor: UNIVERSIDAD DEL TOLIMA. Demandado: COMPAÑÍA INGENIERÍA-ARQUITECTURA-MANTENIMIENTO LTDA. INAR LTDA.**

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

que garantiza la autonomía universitaria y autoriza al legislador para expedir un régimen especial aplicable a las universidades estatales, lo que permite que en materia contractual se rijan por disposiciones distintas de las que se consagran en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993-, el cual es aplicable a los entes públicos que en párrafos anteriores se mencionaron.”⁷

En ese sentido, los contratos que celebran las universidades públicas se rigen por un régimen diferente al estatuto de contratación estatal, esto es, en normas de derecho privado, civiles y comerciales.

De otro lado, el artículo 65 de la Ley 30 de 1992 establece:

“Artículo 65. Son funciones del Consejo Superior Universitario:
a) Definir las políticas académicas y administrativas y la planeación institucional.
b) Definir la organización académica, administrativa y financiera de la Institución.
c) Velar porque la marcha de la institución esté acorde con las disposiciones legales, el estatuto general y las políticas institucionales.
d) Expedir o modificar los estatutos y reglamentos de la institución.
e) Designar y remover al rector en la forma que prevean sus estatutos.
f) Aprobar el presupuesto de la institución.
g) Darse su propio reglamento.
h) Las demás que le señalen la ley y los estatutos.

No obstante, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, se aplican sin importar cuál sea el régimen jurídico que en materia contractual rija a la entidad estatal, aspecto reconocido inicialmente por vía jurisprudencial y posteriormente consagrado en forma positiva en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007:

“ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”*

Las pruebas.

- La Universidad del Quindío realizó la invitación pública No. 003 de 2019 cuyo objeto era la “remodelación y optimización de escenarios deportivos en el campus de la Universidad del Quindío” de conformidad

⁷ Sentencia C 547 de 1994 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

a lo establecido en los artículos 89 y 103 del Estatuto General de dicho ente universitario Acuerdo No. 050 de 2017.⁸

- El pliego de condiciones de la invitación pública sobre requisitos habilitantes y rechazo de las ofertas estableció, entre otros, lo siguiente⁹:

“5.1 Capacidad jurídica

(:..)

5.1.4 Personas Jurídicas

Si el proponente es persona jurídica deberá acreditar su existencia y representación legal con el Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su jurisdicción, expedido con una antelación no mayor a los treinta (30) días calendario, previos a la fecha de presentación de la propuesta.

*En dicho certificado deberán constar claramente las facultades del Gerente o del Representante Legal, el objeto social, el cual deberá comprender labores o actividades que tengan relación directa con el objeto de la presente invitación y la duración de la sociedad, no será inferior al plazo del contrato y el vencimiento de la garantía de estabilidad y **que su constitución no sea menor de un (1) año.***

(...)

Consortio o Unión Temporal

(:..)

Los miembros o integrantes del Consortio o Unión Temporal que sean personas jurídicas, deberán anexar los certificados de Existencia y Representación Legal de la persona jurídica, respectivamente en los mismos términos consignados en los presentes pliegos de condiciones para las personas jurídicas proponentes.

(...)

5.3. Habilidad técnica

La evaluación técnica permitirá establecer si los proponentes cumplen con los requisitos de habilidad técnica de los presentes pliegos así: Capacidad Residual de contratación, Experiencia general y específica, Inscripción y Clasificación en el RUP, los cuales conducirán a determinar si el proponente es hábil o no para continuar en las demás etapas del proceso; estas exigencias no asignan puntaje.

(...)

5.3.4 Cálculo de la capacidad residual del proponente.

(:..)El interesado en celebrar contratos de obra con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación para lo cual debe presentar los siguientes documentos:

(:..)

^{8 8} Archivo digital CONTESTACIÓN DEMANDA- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

⁹ Archivo digital CONTESTACIÓN DEMANDA- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Págs. 233-236, 245-246 y 267 Tomo I

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

- *La Capacidad técnica (CT) se asigna teniendo en cuenta el número de socios y profesionales de Ingenieros civiles, arquitectos, arquitectos constructores y constructores en Ingeniería y arquitectura vinculados mediante una relación laboral o contractual conforme a la cual desarrollen actividades relacionadas directamente a la construcción e interventoría. Para acreditar la capacidad técnica el proponente debe diligenciar el formato. Anexo 7.*

(...)

7.10 Rechazo

La Universidad del Quindío rechazará las Ofertas presentadas por los Proponentes que: (...) (20) cuando se compruebe que el contratista no entregó información idónea, completa y precisa que permita establecer el cumplimiento de los requisitos habilitantes o la evaluación de la propuesta. (...)” (Se resalta en negrita)

- Se estableció además en el anexo 9 el pliego de condiciones el cronograma así¹⁰:

(:..)	
Recepción de propuestas u ofertas	Abril 01 de 2019 hasta las 4:00 pm Lugar: Área de Compras y suministros
Audiencia pública de cierre y apertura de las propuestas	Abril 01 de 2019 desde las 4:05 pm (:..)
Entrega de documentos subsanables	Hasta el día 05 de abril de 2019 a las 4:00 pm
Evaluación, calificación de propuestas y publicación de informe del comité evaluador	Abril 10 de 2019
Presentación de controversias al informe	Se recibirán controversias hasta el día 12 de abril de 2019 a las 2:00pm
Respuesta a las controversias del informe	Abril 23 de 2019
Audiencia pública de selección del contratista	Abril 24 a las 2:00 pm. Lugar Sala del Consejo Superior, ubicada en el 2 do piso del Bloque Administrativo No. 1 audiencia dentro de la cual se resolverán las inquietudes relacionadas con las controversias presentadas en tiempo al informe de evaluación, recomendación y adjudicación.
Adjudicación del contrato o declaratoria de desierta	Abril 24 de 2019
(:..)	

- A través de la Resolución No. 5344 de 11 de marzo de 2019 se designó el Comité Evaluador de las propuestas dentro del proceso de invitación pública No. 003 de 2019 conformado por¹¹:

1. Evaluador Financiero: Profesional Especializada Área Financiera o su delegado.
2. Evaluador Jurídico: Jefe Oficina Asesora Jurídica o su delegado

¹⁰ Archivo digital CONTESTACIÓN DEMANDA- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Pág 13-14 Tomo II

¹¹ CONTESTACIÓN DEMANDA- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Págs 77-78 Tomo II

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

3. Evaluador Técnico: Ingeniera Coordinadora Grupo Gestión de Proyectos de Regalías o su delegado.

- El día 1° de abril de 2019 se entregaron las siguientes propuestas¹²:

Consortio Escenarios Equimas	01/04/2019 10:30 am
UT Escenarios Quindío 2019	01/04/2019 10:54 am
Consortio Campus	01/04/2019 2:00 pm
Consortio Unidos por el Deporte	01/04/2019 3:27 pm
Consortio Atenas 2019	01/04/2019 3:36 pm
Consortio Remodelación Escenarios Deportivos	01:04/2019 3:40 pm
Agorasport	01/04/2019 3:41 pm

- En la propuesta del Consortio Remodelación Escenario Deportivos se anexaron los siguientes documentos¹³:

“DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN DE CONSORCIO

2.El consorcio está integrado por:

<i>NOMBRE</i>	<i>PARTICIPACIÓN</i>	<i>CEDULA Y/O NIT</i>
<i>CARLOS ALBERTO ROZO NADER</i>	<i>25%</i>	<i>72.222.176</i>
<i>FERNANDO ARTURO ANGEL PELAEZ</i>	<i>25%</i>	<i>18.391.737</i>
<i>AYM CONSTRUCOL SAS</i>	<i>25%</i>	<i>900.793.691-6</i>
<i>CONSTRUYENDO PORVENIR SAS</i>	<i>25%</i>	<i>901.204.504-5</i>

(:..)

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL

DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL: CONSTRUYENDO PORVENIR S.A.S
NIT 901204504-5

(:..)

CONSTITUCIÓN

POR DOCUMENTO PRIVADO DEL 09 DE AGOSTO DE 2018 DE CALI, INSCRITO EN LA CÁMARA DE COMERCIO EL 13 DE AGOSTO DE 2018 BAJO EL NÚMERO 13492 DEL LIBRO IX, SE CONSTITUYÓ CONSTRUYENDO PORVENIR S.A.S. “ (Se resalta en negrita)

- En la propuesta del Consortio Campus se anexó el siguiente documento:¹⁴

“(:..)

FORMATO- FACTOR DE CAPACIDAD TÉCNICA (CT) PARA EFECTOS DE LA CAPACIDAD RESIDUAL.

INTEGRANTE: MARCO JAVIER GAVIRIA SILVA

Nombre del socio y/o profesional de la	Profesión	No. De matrícula profesional	Número y año del Contrato laboral o de	Vigencia del contrato
----------------------------------------	-----------	------------------------------	----------------------------------------	-----------------------

¹² CONTESTACIÓN DEMANDA- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Pás 81-82 Tomo II

¹³ Archivo digital 2. Cuaderno Principal #2- 6.CD (Folio 303) Remodelación Escenarios Deportivos- pág 30-33

¹⁴ Archivo digital 4. CD (Folio 301) Consortio Campus PÁG 460

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

arquitectura, ingeniería o geología			prestación de servicios profesionales	
(...)				
Carlos Alberto Rozo Nader	Ingeniero civil	(...)	SOCIO	
(...)				
Henry Reyes Betancourt	Arquitecto	(...)	SOCIO	

- Acta No. 001 de 10 de abril de 2019 proferida por el Comité Evaluador en la que se consigna la evaluación de las propuestas presentada con ocasión de la invitación Pública 003 de 2019 así¹⁵:

CUADRO RESUMEN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS HABILITANTES

PROPONENTES	RESULTADO HABILITANTE
CONSORCIOS UNIDOS POR EL DEPORTE	NO ADMISIBLE
CONSORCIO ATENAS 2019	ADMISIBLE
CONSORCIO CAMPUS	ADMISIBLE
AGORASPORT S.A. SUCURSAL COLOMBIA	NO ADMISIBLE
CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS	ADMISIBLE
CONSORCIO EQUIMAS	ADMISIBLE
UNIÓN TEMPORAL ESCENARIOS QUINDÍO 2019	RECHAZADO

(...)

Surtida la primera etapa de evaluación se determina que las siguientes propuestas **están habilitadas y no se encuentran incursas en alguna de las causales de rechazo estipuladas por la entidad en el presente pliego de condiciones**, y podrán continuar con la evaluación de la oferta económica:

PROPONENTE
CONSORCIO ESCENARIOS EQUIMAS
CONSORCIO CAMPUS
CONSORCIO ATENAS 2019
CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS

(:..)

Después de realizar el cálculo de la media aritmética, se procedió con la asignación de puntaje a cada uno de los proponentes, evidenciándose en el siguiente cuadro:

PUESTO	PROPONENTE	PRESUPUESTO CORREGIDO	PUNTAJE
1	CONSORCIO CAMPUS	\$7.594.668.888,00	0.99993
2	CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS	7.592.570.421,76	0.99976
3	CONSORCIO ESCENARIOS EQUIMAS	7.582.059.720,00	0.99838
4	CONSORCIO ATENAS 2019	7.608.238.305,16	0.99635

¹⁵ CONTESTACIÓN DEMANDA- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Págs 142-173 Tomo II

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

De acuerdo con el cuadro anterior, la propuesta presentada por el **CONSORCIO CAMPUS obtuvo el mayor puntaje según la aplicación de la ecuación de la media geométrica, de no presentarse observaciones al presente informe se recomendará al señor Rector proceder con la adjudicación del contrato.**”(Se resalta en negrita)

Acta No. 002 del 23 de abril de 2019 del Comité Evaluador de Propuestas en la que resuelven las observaciones realizadas por los proponentes al informe de evaluación en el que concluyen¹⁶:

“En ese sentido el comité evaluador se ratifica en el informe de evaluación publicado.

De acuerdo con el Acta No. 01 del Comité Evaluador de Propuestas, **se recomienda al Señor Rector de la Universidad del Quindío, la adjudicación del objeto de evaluación de la Invitación Pública N. 003 “REMODELACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DE ESCENARIOS DEPORTIVOS EN EL CAMPUS DE LA UNIVERSIDAD DEL QUINDÍO” al CONSORCIO CAMPUS por la suma de \$7.594.668.888.**” (Se resalta en negrita)

Acta de Audiencia realizada los días 24 y 25 de abril de 2019.¹⁷

“Se concede el uso de la palabra al apoderado del CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS, quien presenta dos declaraciones extrajuicio correspondientes a los señores HENRY REYES BETANCOURT y CARLOS ALBERTO ROZO NADER quienes en el documento debidamente autenticado, afirman que la información relacionada por el consorciado MARCO JAVIER GAVIRIA SILVA del CONSORCIO CAMPUS, el anexo 7, NO corresponde a la realidad ya que ellos actualmente no tienen sociedad no (sic) el referido señor GAVIRIA SILVA, ni hacen parte de su staff de profesionales. Exhibe las declaraciones y las coloca a disposición de la Universidad como del consorcio objetado.

Estos nuevos hechos, obligaron a la Universidad para suspender por DIEZ (10) minutos el desarrollo de la diligencia para discutir las implicaciones jurídicas de la situación presentada.

Una vez reanudada a la audiencia, y estando en desarrollo del Orden del día de la misma, se expone la posición de la Universidad, la cual consistió en desestimar en el Anexo 7 presentado por el señor GAVIRIA SILVA, el registro de los señores REYES BETANCOURT y ROZO NADER, realizando los ajustes pertinentes a la capacidad técnica y la capacidad residual del proponente, manteniendo el resultado de la recomendación que el Comité daría al ordenador del gasto.

Siguiendo el desarrollo del orden del día, se corre traslado a los proponentes para que presenten su recurso de réplica, haciendo uso de ello en primer lugar el proponente observante, señala no estar de acuerdo con la decisión planteada por la Universidad, por lo que solicita se dé aplicación del numeral 20 de las causales de rechazo, ya que para la Universidad ha quedado comprobado que el

¹⁶ CONTESTACIÓN DEMANDA- ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Págs 110-125 Tomo V

¹⁷ 3.CONTESTACIÓN_DDA ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Tomo 5 Págs 126-149

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

proponente no entregó información idónea completa y precisa que permita establecer el cumplimiento de los requisitos habilitantes o la evaluación de la propuesta.

Al hacer uso de la palabra el proponente observado, señaló que la condición de falsedad debe ser declarada por un juez, y que, sin embargo, las observaciones presentadas, el grupo de consorciados integrantes cumplen con la capacidad residual exigida en el pliego.

En este punto de la diligencia, el grupo evaluador técnico, solicita la suspensión de la diligencia a fin de ilustre nueva y ampliamente sobre las peticiones presentadas por el proponente observante, especialmente en cuanto a la aplicación de la causal 20 de rechazo; la cual es otorgada por la presidencia de la audiencia, reprogramando el avance de la diligencia para el día 25 de abril de 2019 a partir de las 10:00 am.

La Universidad hace el requerimiento respecto vía correo electrónico, para que el proponente observado, por tercera vez desvirtúe las observaciones presentadas, y que permitan la certeza de los documentos aportados con su propuesta.

El día 25 de abril de 2019, en uso del requerimiento realizado, el proponente CONSORCIO CAMPUS, siendo las 8:40 am presenta escrito de respuesta, en donde señala que “(...) solo con tres de los integrantes que conforman nuestro consorcio, se logra la exigencia de la capacidad residual que exige la Universidad; adicionalmente señalan que efectivamente existió relación comercial y contractual entre los señores MARCO JAVIER GAVIRIA- HENRY REYES BETANCOUT (sic)- CARLOS ALBERTO ROZO NADER, ratificando lo expresado por los observantes, que dicho anexo 7, diligenciado por el señor MARCO JAVIER GAVIRIA SILVA, no corresponde a la realidad que quiso presentar inicialmente con su propuesta, evidenciándose la propia aceptación de que la información allí contenida, no corresponde a la realidad.

Esta situación obliga a la Universidad que una vez garantizado el debido proceso a las partes, el derecho de réplica, y para garantizar que la selección objetiva y transparente del proponente que cumpla con las condiciones exigidas en el pliego pueda ser seleccionado, en tal sentido, se da aplicación a la causal de rechazo estableciendo en el pliego numeral 20 y declarar rechazada la propuesta presentada por el Consorcio campus.

(:..)

Así las cosas, y no habiendo encontrado oposición alguna a los planteamientos de la Universidad, el día de hoy 25 de abril de 2019, el Comité Evaluador recomendará la adjudicación del presente proceso de selección identificado como Invitación Pública No. 003 de 2019, el cual tiene por objeto la Remodelación y Optimización de Escenarios Deportivos en el Campus de la Universidad del Quindío, al CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS, representado legalmente por el señor JUAN SEBASTIÁN MORALES CARDONA (...)

Resolución No. 5984 de 25 de abril de 2019 proferida por el Rector de la Universidad del Quindío:¹⁸

¹⁸ 3.CONTESTACIÓN_DDA ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Tomo 5 Pág 163-164

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

“(…) como consta en el acta No. 01 seleccionándose por esta razón al proponente CONSORCIO CAMPUS.

Que el Comité Evaluador de Propuestas en reunión realizada el día 23 de abril de 2019 según consta en Acta No. 2 resolvió las observaciones presentadas por los proponentes Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos, Consorcio Atenas y Agorasport.

Que en Audiencia Pública de selección del contratista realizada entre los días 24 y 25 de abril de 2019, el Comité Evaluador una vez analizada y resueltas las observaciones presentadas por el CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS, y previo el cumplimiento de los principios de debido proceso y contradicción determinó rechazar la propuesta presentada por el CONSORCIO CAMPUS al considerar los nuevos hechos presentados dan lugar a aplicar la causal 20 de rechazo “Cuando se compruebe que el contratista no entregó información idónea, completa y precisa, que permita establecer el cumplimiento de los requisitos habilitantes”:

Por lo anterior el Comité Evaluador determina conforme al orden de elegibilidad de las propuestas recomendar al señor Rector la adjudicación de la Invitación Pública No. 003 de 2019 al proponente CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS, por valor de SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$7.592.570.280.25)

Que de acuerdo con lo anterior, se considera pertinente acoger la recomendación del Comité Evaluador de la Invitación Pública No. 003 de 2019.

Que por lo anteriormente expuesto.

RESUELTO

ARTÍCULO PRIMERO: Adjudicar al CONSORCIO REMODELACIÓN ESCENARIOS DEPORTIVOS integrado por CARLOS ARTURO ROZO NADER (25%), FERNANDO ARTURO ANGEL PELAEZ (25%), A & M CONSTRUCOL S.A.S. (25%) y la Sociedad CONSTRUYENDO PORVENIR S.A.S (25%) representado legalmente por el señor JUAN SEBASTIÁN MORALES C (...) el contrato objeto de la invitación pública No. 003 de 2019 (...)

Resolución No. 6029 de 10 de mayo de 2019 proferida por el Rector de la Universidad del Quindío:¹⁹

“ARTÍCULO PRIMERO: Adicionar el contenido de la Resolución 5984 de 25 de abril de 2019, en el sentido que la fecha de inicio de las obligaciones contractuales, será a partir del 20 de mayo de 2019 siempre que la Gobernación del Quindío haya seleccionado el contrista para adelantar la interventoría respectiva; y establecer que el término de ejecución del referido contrato, será de DIEZ (10) meses contados a partir del acta de inicio.”

¹⁹ 3.CONTESTACIÓN_DDA ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS Tomo 5 Págs 166-167

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Caso concreto.

Teniendo en cuenta las pruebas que fueron practicadas en el proceso encuentra la Sala en primer lugar que la propuesta presentada por el Consorcio Campus en la invitación pública 003 de 2019, fue rechazada en virtud a una observación claramente extemporánea.

En efecto, conforme al cronograma establecido en el anexo 9 del pliego de condiciones, el comité evaluador había presentado el informe de evaluación el día 10 de abril de 2019, tal como consta en el Acta 001, determinando que el Consorcio Campus no solo cumplía con los requisitos habilitantes, sino que obtuvo el mayor puntaje según la aplicación de la ecuación de la media aritmética, siendo calificada como la mejor propuesta para los intereses de la entidad. Las observaciones al informe de evaluación debían presentarse el día 12 de abril de 2019 a las 2:00 pm, las cuales fueron resueltas por el comité evaluador el día 23 de abril de 2019 y como consecuencia, se recomendó al Rector de la Universidad del Quindío adjudicar el contrato al Consorcio Campus.

Ahora bien, en el pliego de condiciones se estableció que el día 24 de abril de 2019 se realizaría la audiencia de selección del contratista, indicando que en la misma también se resolverían inquietudes pero que estuvieran relacionadas con las observaciones presentadas en tiempo al informe de evaluación, es decir, aspectos relacionados con las controversias que debían presentarse el día 12 de abril de 2019, sin embargo, en esa audiencia se presentó una observación por parte del Consorcio Remodelación de Escenarios Deportivos aduciendo que se trataba de hechos nuevos, lo cual no es cierto, porque se trataba de una circunstancia consignada en un documento que se anexó con la propuesta presentada por el Consorcio Campus, es decir, que reposaba en el proceso de selección desde el día 01 de abril de 2019, por esta razón de manera alguna podía ser considerada como un hecho nuevo.

Así pues, se encuentra que la observación presentada en la audiencia que se llevó a cabo los días 24 y 25 de abril de 2019 era extemporánea, pues ya había fenecido la etapa para presentar las observaciones al informe de evaluación, es más ya habían sido resueltas por parte del comité evaluador todas las observaciones presentadas.

El estatuto de contratación de la Universidad del Quindío contenido en el Acuerdo 050 de 2017²⁰ establece en su artículo 90 el procedimiento para la modalidad de invitación pública así:

“ARTÍCULO 90: PROCEDIMIENTO PARA ADELANTAR LA INVITACIÓN PÚBLICA: En cuanto a la modalidad de Invitación Pública se aplicará el siguiente procedimiento:

(:..)

11) Recepción de propuestas, con la entrega de las ofertas se cierra el proceso.

²⁰ <https://www.uniquindio.edu.co/publicaciones/373/estatutos/>

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

12) Audiencia Pública de Cierre y Apertura de las propuestas. Del cual se levantara un Acta que será publicada en la en la página Web de la Universidad-Link de Contratación y deberá tener los siguientes aspectos: proponente, valor, el número de folios, la fecha y hora de recibido de cada una de las propuestas, la cual será suscrita por el Profesional Especializado de Compras y Suministros, así como los proponentes que radicaron su propuesta y un delegado de la Oficina de Control Interno si es del caso.

13) Informes de evaluación de las propuestas por parte del comité evaluador. Informes que se su publicarán en la página Web www.uniquindio.edu.co Link contratación.

14) Los proponentes podrán presentar sus controversias al informe de evaluación realizado por el Comité Evaluador.

15) La Universidad realizará el Análisis de las observaciones recibidas a los resultados de evaluación y calificación.

16) Audiencia pública para la selección del contratista: Audiencia dentro de la cual se resolverán las inquietudes relacionadas con las controversias presentadas en tiempo al informe de evaluación y calificación, y se recomendará al señor Rector adjudicar o declarar desierto el proceso.

En el evento en que por cualquier circunstancia no se adopte una decisión dentro de este término, la Universidad del Quindío podrá suspender dicha audiencia, y programar su continuación dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, a fin de tomar una determinación y efectuar la recomendación pertinente al ordenador del gasto.

17) Adjudicación del contrato o declaratoria desierta del proceso. El Rector, a recomendación del Comité Evaluador adjudicará el contrato o declarará desierto el proceso mediante Resolución Motivada.

18) Elaboración de contrato.

18) Suscripción del contrato. Una vez perfeccionado el contrato, la propuesta adjudicataria y su información contractual será publicada en la página Web de la Universidad - Link de Contratación, de conformidad al formato diseñado para tal fin.

19) Registro presupuesta

l 20) Legalización del contrato” (Se resalta en negrita)

Lo anterior permite inferir que la audiencia pública para la selección del contratista no es el momento para presentar observaciones al informe de evaluación, pues es una etapa que ya finalizó, solo sirve de escenario para resolver inquietudes frente a las controversias presentadas en tiempo a dicho informe, pero no para reabrir la posibilidad para formular nuevas observaciones.

En efecto, en el artículo 6° de ese mismo estatuto se establece:

“ARTÍCULO 6: PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DEL QUINDIO: Las actuaciones de quienes intervienen en el proceso de contratación de la Universidad del Quindío se desarrollan con arreglo a la Autonomía Universitaria, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política; así como a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos. Por ello, la actividad contractual en la Universidad del Quindío estará encaminada a garantizar: (i) El interés general, (ii) La adecuada inversión de los recursos públicos.

(...)

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Principio de Economía: En cumplimiento de este principio todas las actuaciones en la actividad contractual de la Universidad se deben realizar con celeridad y eficacia, concentrándose en la agilización de los trámites y en el desarrollo de las etapas estrictamente necesarias para la selección objetiva del contratista. Entendiendo que el presente Principio debe regirse por etapas perentorias y preclusivas.” (Se resalta en negrita)

Así pues, se tiene que las etapas del proceso de selección de contratistas son perentorias y preclusivas, no podía entonces revivirse una etapa que ya había sido clausurada.

Pero además de lo anterior, se encuentra que no era procedente aplicar la causal de rechazo establecida en el numeral 7.10 numeral 20 del pliego de condiciones, pues no se cumplía con el supuesto allí establecido, esto es, *cuando se compruebe que el contratista no entregó información idónea, completa y precisa que permita establecer el cumplimiento de los requisitos habilitantes o la evaluación de la propuesta. (...)*”

Ciertamente, allí no se consagra que la sola omisión de presentar información idónea, completa y precisa genere el rechazo de la propuesta, se requiere además que dicha omisión no permita establecer el cumplimiento de requisitos habilitantes o de evaluación de la propuesta, lo cual no sucedía en este caso, pues inclusive el comité evaluador excluyendo el documento objeto de controversia, realizó el ajuste a la evaluación de la capacidad técnica y la capacidad residual del Consorcio Campus, encontrando que aun así cumplía con los requisitos habilitantes, manteniendo la recomendación de adjudicar el contrato a dicho proponente por ser la mejor propuesta para la entidad.

En ese sentido, pese a que se determinó que el Consorcio Campus presentó información inexacta, dicha circunstancia por sí sola no daba lugar al rechazo, pues con los demás documentos presentados se pudo corroborar que seguía cumpliendo con todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en indicar que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación o rechazo, menos aun cuando se trata de documentos que no asignan puntaje y no son esenciales para la comparación de las ofertas:

“Y, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala:

De allí se colige que había expresa prohibición legal de rechazar las ofertas cuando los proponentes omitieran allegar documentos exigidos en los pliegos de condiciones o bases de contratación, que no fueran esenciales para hacer la comparación de las ofertas y, por ende, para hacer la asignación de los respectivos puntajes; al respecto esta Sección dijo:

“Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

por inadmisibile el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987²¹, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores”²².

Así las cosas, la administración está en el deber legal de considerar las propuestas presentadas, no obstante que se advierta la ausencia de algunos de los requisitos diferentes de aquellos que son necesarios para la asignación de puntaje, sin que esto signifique que el proponente se encuentre exonerado de cumplir con la totalidad de requisitos y la aportación de documentos previstos en el pliego de condiciones.

(...)

En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular; en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

Se tiene, entonces, que la objetividad en la selección impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación, plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados, además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y de transparencia- también sean conocidos por sus competidores con el propósito de controvertirlos.²³²⁴ (Se resalta en negrita)

²¹ [6] “Nota del original: “Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta”.

²² [7] “Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 25000-23-26-000-1994-09827-01(16540), sentencia del 4 de febrero de 2010, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez”.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 25397, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020) Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02583-01(44212) Actor: COLOMBIANA DE TANQUES COLTANQUES LTDA. Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA - FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO (APELACIÓN SENTENCIA)

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Bajo los anteriores parámetros se tiene que en el caso concreto se rechazó la oferta del Consorcio Campus por la inexactitud presentada en un documento que hacía parte del requisito habilitante de capacidad técnica-capacidad residual de contratación, estableciéndose en el pliego de condiciones que dichas exigencias no asignaban puntaje y no servía para realizar la comparación de las ofertas, razón por la cual dicho rechazo era improcedente, máxime cuando quedó establecido que aun sin él el proponente cumplía con dicha capacidad residual de contratación, según lo indicado por el comité evaluador.

Ahora bien, el Acuerdo 050 de 2017 establece los principios de transparencia y selección objetiva así:

“Principio de Transparencia: Para la satisfacción de las necesidades institucionales, la Universidad del Quindío, implementará procedimientos de selección que garanticen la objetiva escogencia de los contratistas.

Principio de Selección Objetiva: Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a los intereses de la Universidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva siguiendo unos procedimientos previamente establecidos, divulgados y conocidos.”

Se encuentra acreditado que, tal como lo estableció el comité evaluador, la oferta más favorable para los intereses de la Universidad del Quindío era la del Consorcio Campus, lo cual, aunado al hecho de que no se cumplían con los presupuestos para rechazarla o descalificarla, lleva a inferir a la Sala que se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva, pues no se dio aplicación al procedimiento previamente establecido en el pliego de condiciones en concordancia con el estatuto de contratación de dicho ente universitario.

Sobre la importancia del pliego de condiciones el Consejo de Estado ha indicado:

“Es bien sabido que, dentro de los procesos de selección de contratistas adelantados por las entidades estatales, el pliego de condiciones tiene una suprema importancia, en tanto constituye el marco normativo de tales actuaciones, al ser el documento que, bajo la forma de un acto administrativo de carácter general, contiene las etapas, reglas y requisitos que se deberán cumplir para adelantar el procedimiento y, así mismo, dispone las estipulaciones que contendrá el negocio jurídico a adjudicar.

(:..)

Por ello, el pliego de condiciones ha sido llamado la ley del procedimiento de selección y la ley del futuro contrato, en tanto sus disposiciones son obligatorias tanto para la entidad licitante, como para los proponentes que participan en el procedimiento de selección, las cuales, una vez publicado el pliego definitivo, son en principio inmodificables, salvo aquellas excepciones en las que se permite

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

la expedición de adendas destinadas a aclarar puntos oscuros, ambiguos o confusos de sus términos, siempre que lo sean antes del cierre de la licitación.

Esa intangibilidad del pliego de condiciones, ha conducido así mismo a que se predique la carga de claridad y precisión que pesa sobre la entidad licitante, conforme a la cual a ésta le corresponde asumir las consecuencias que se deriven de una mala planificación, reflejada en errores o deficiencias que queden plasmados en el pliego ya que, so pretexto de corregirlos, no podrá modificarlo una vez cerrada la licitación e iniciada la etapa de evaluación de las ofertas, momento en el que dicho pliego se torna absolutamente inmodificable.”²⁵

En ese sentido, conforme lo establecía el pliego de condiciones que era la ley del procedimiento de selección, si el Consorcio Campus reunía todos los requisitos habilitantes y había obtenido el mayor puntaje en la comparación de las ofertas, y como quedó establecido no estaba incurso en la causal de rechazo analizada, surgía para éste el derecho a ser adjudicatario del contrato por parte de la Universidad del Quindío.

De otro lado, se encuentra que, tal como lo señala la parte demandante, el Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos, a quien le fue adjudicado el contrato, no reunía el requisito habilitante de capacidad jurídica, pues estaba integrado por una persona jurídica denominada Construyendo Porvenir S.A.S, quien según certificado de existencia y representación legal fue constituida por documento privado del 09 de agosto de 2018 de Cali, inscrito en la Cámara de Comercio el 13 de agosto de 2018, y la propuesta se presentó el 01 de abril de 2019, es decir, que no cumplía con lo establecido en el pliego de condiciones, esto es, que su constitución no fuera menor de un (1) año, teniendo en cuenta que si se trataba de un consorcio integrado por personas jurídicas debía cumplirse lo establecido para personas jurídicas proponentes. Requisito que valga decir, por su condición, era imposible que fuera subsanado, es decir, que no podía considerarse como habilitado para ser adjudicatario del contrato en mención.

Con fundamento en lo anterior, se determina que los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por vulneración en las normas que debían fundarse, esto es, el estatuto de contratación Acuerdo 050 de 2017 y el pliego de condiciones.

Por su parte en lo referente a la falsa motivación debe indicarse que ha sido definida por el Consejo de Estado como un *“vicio de ilegalidad del acto administrativo, que puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho.”²⁶*

²⁵ *Ibíd*em

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003) Radicación número: 76001-23-31-000-1994-09988-01(16718) Actor: DEPARTAMENTO DE CASANARE Demandado: LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

En este caso, los actos administrativos también están viciados de nulidad por falsa motivación, toda vez que no es cierto que el Consorcio Campus estuviera incurso en la causal de rechazo del numeral 7.10 numeral 20 del pliego de condiciones, pues aunque en uno de los documentos presentó una inexactitud, lo cierto es que los demás permitían establecer que cumplía con los requisitos habilitantes y, a su vez, evaluar su propuesta. En consecuencia, la mejor propuesta, conforme lo estableció el comité evaluador, era la del Consorcio Campus y no la del Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos, quien además no cumplía con el requisito habilitante de capacidad jurídica.

Así mismo, se encuentra que se vulneró el debido proceso del Consorcio Campus, toda vez que se rechazó su propuesta no solo con fundamento en una observación extemporánea, sino además en una causal que no era aplicable al caso, toda vez que no se reunían los supuestos en ella establecida, desconociendo el procedimiento consagrado tanto en el pliego de condiciones como en el estatuto de contratación de la Universidad Acuerdo 050 de 2017.

En cuanto al desvío de poder indica el Consejo de Estado:

“Sobre el punto conviene señalar que se habla de desvío de poder en los eventos en los que la Administración utiliza sus poderes para alcanzar un fin diverso al fijado por la norma. Para algunos doctrinantes, el desvío de poder puede ser de dos clases, cuando se busca un fin diverso al del servicio público, o por desconocimiento de la finalidad específica atribuida a la autoridad administrativa particularmente, es decir en fines diferentes de los que concretamente fija la ley. Uno de las exigencias que supone el análisis del desvío de poder a nivel judicial, **es precisamente que quien invoca dicha circunstancia tiene la carga de probar su afirmación, esto es, los motivos ocultos o los intereses personales que incidieron en la celebración del contrato**, ya que ésta constituye la vía a través de la cual el juez podrá determinar si la actuación de la administración se ajusta o no a los fines perseguidos por la ley y se puede evidenciar si el ejercicio del poder fue desviado.”²⁷ (Se resalta en negrita)

En presente proceso no se encuentra acreditado el desvío de poder, es decir, que los actos administrativos hayan sido proferidos con un interés oculto o personal para adjudicar el contrato al Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos.

De otro lado, contrario a lo manifestado por la parte demandada se encuentra que quien vulneró el deber de actuar de buena fe fue la Universidad del Quindío al no ser fiel y leal con las exigencias establecidas en el pliego de condiciones, y frustrarle el derecho que tenía el Consorcio Campus al ser adjudicatario del contrato, por cumplir con los requisitos habilitantes y obtener el mejor puntaje en la comparación de las ofertas, aunado a aplicarle una causal de rechazo que no procedía.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ Bogotá, D. C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00244-01(21080) Actor: ROSALBA RAMIREZ DE CASTAÑEDA Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA - DISTRITO CAPITAL

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

En efecto, sobre la buena fe precontractual el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo indica:

“Descartado el escenario anterior, la Sala debe analizar si, durante la etapa de tratativas, la demandada trasgredió la cláusula general contenida en el artículo 863 del Código de Comercio, que impone el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual “so pena de indemnizar los perjuicios que causen”.

Adicionalmente, a pesar de que la entidad demandada se regía por el derecho privado, también debía observar los principios de la función administrativa (artículo 13 de la Ley 1150 de 2007), por lo que se verificará, asimismo, si su comportamiento dentro de la fase precontractual se ajustó, o no, a dichos principios como a las normas a las que se sujetó en su propio Manual de Contratación, en tanto preceptos orientadores de la conducta de las partes.

(:..)

Como exigencias derivadas de la buena fe en la etapa de formación del contrato se alude, de modo general, a los deberes de lealtad y corrección y, dentro de aquéllos, a la necesidad de que -en cumplimiento de las cargas que supone el ejercicio de la autonomía de la voluntad- las partes sean claras, exigencia que es predicable de todos los aspectos que conciernen al negocio.

(:..)

La omisión de la entidad tuvo ocurrencia en una etapa en la que los sujetos negociales debían obrar “de conformidad con los postulados de la buena fe²⁸, la lealtad y el respeto a los derechos y expectativas tanto de las etapas previas de la contratación, como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato”²⁹. Ello, con base en lo consagrado en los artículos 863 y 871³⁰ del Código de Comercio.³¹

Bajo esos parámetros, se determina que la entidad no respetó el derecho del Consorcio Campus en la etapa precontractual, al descalificar su oferta con fundamento en una observación extemporánea y que no constituía una causal de rechazo.

Así las cosas, se determina que las Resoluciones No. 5984 de 25 de abril de 2019 y 6029 de 10 de mayo de 2019 proferidas por la Universidad del Quindío se encuentran viciadas de nulidad por ser expedidas con infracción de las

²⁸ (Nota a pie de la cita) Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Expediente: 51376 “la administración pública en tanto sujeto de derecho que actúa dentro de la libre competencia, está sometida al cumplimiento de las obligaciones precontractuales estipuladas en el Código de Comercio, concretamente a su deber de actuar de buena fe.” En efecto, de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, exp. 58562.

³⁰ Código de Comercio. Artículo 871. “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

³¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003) Actor: VIGÍAS DE COLOMBIA SRL LIMITADA Y GRANADINA DE VIGILANCIA Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ Referencia: CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

normas en que debían fundarse, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y mediante falsa motivación.

Ahora bien, tal como quedó establecido en el Acta No. 001 de 10 de abril de 2019 proferida por el Comité Evaluador al aplicar la media aritmética, el Consorcio Campus obtuvo el mayor puntaje (0.99993), convirtiéndose en la propuesta más favorable para los intereses de la entidad.

Lo anterior, permite inferir que se vulneró el derecho del Consorcio Campus de ser adjudicatario del contrato estatal objeto de la invitación pública No. 003 de 2019 para la remodelación y optimización de escenarios deportivos en el campus de la Universidad del Quindío, al reunir todos los requisitos habilitantes y ser la mejor propuesta para los intereses de la entidad desde los aspectos técnicos y económicos.

Indemnización de perjuicios

El Consorcio Campus integrado por Carlos Hernán Arias Betancourth, Marco Javier Gaviria Silva, Elber Zapata Maya y Juan Carlos Sánchez Gálvez solicitó que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos acusados se indemnizaran los perjuicios causados relativos a la utilidad que se esperaba percibir y que se encuentra discriminada en la oferta económica presentada con su propuesta.

En la propuesta económica presentada por la parte demandante, el componente de utilidades se calculó en un valor igual a \$572.089.865³², valor que para la Sala resulta desproporcionado, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que conforme a las reglas de la experiencia quienes pretenden contratar con el Estado esperan obtener una utilidad del cinco por ciento (5%) sobre el valor de la propuesta (7.594.668.888), esto sería igual a \$379.733.444,4.

Así lo ha indicado el Alto Tribunal:

“Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración³³, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.

Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887³⁴ (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales. Es de anotar que los gastos de administración

³² Archivo digital 2. Cuaderno Principal #2. 4. CD (Folio 301 Consorcio Campus)- propuesta económica consorcio campus.pdf

³³ El Decreto 73 del 18 de enero de 2002 contempla el 10% sobre los costos directos, por concepto de gastos de administración y de supervisión en los servicios de vigilancia y seguridad privada.

³⁴ “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó (sic) materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

e imprevistos no pueden ser reconocidos, porque al no ejecutarse el contrato no se incurrió en ellos.

*Así, pues, estima la Sala que el monto de la utilidad proyectada era de **CUARENTA y SEIS MILLONES CIEN MIL OCHENTA Y UN PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$46.100.081.40)**, que equivalen al cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta económica.³⁵*

Así las cosas, se ordenará reconocer como indemnización por lucro cesante la suma de \$379.733.444,4., valor que se indexará de conformidad con la fórmula empleada por normalmente por el Consejo de Estado:

RH: IPC Final

IPC Inicial

RH: Renta histórica \$379.733.444.4

IPC Inicial: corresponde al índice de precios al consumidor de la fecha de la propuesta por parte de los demandantes: abril de 2019. Para esta fecha el índice era el siguiente: 113,16

IPC Final: En este evento, corresponde al de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Hasta el momento, no existe certeza de la fecha en la que quedará en firme la sentencia; no obstante, se calculará con base en el IPC del mes de enero de 2021, sin perjuicio de que la condena pueda ser actualizada con el IPC correspondiente al mes anterior al que quede ejecutoriado el fallo. El IPC de enero de 2021 se certificó en 137,87.

Así las cosas: \$379.733.444.4x 105,9100

102,1189

Renta actual: \$393.830.963,78

Condena en costas

En relación con el régimen de condena en costas en el proceso contencioso administrativos se tiene que pasó de ser subjetiva³⁶ a objetiva valorativa³⁷, de

³⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación:250002326000200201606-0 Expediente :29.855 Demandante:Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y 7-24 Ltda. Demandado:Corporación Autónoma de Cundinamarca –CAR- Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

³⁶ En la normativa adjetiva anterior, se sujetaba la condena en costas a la conducta procesal de la parte vencida.

³⁷ El C.P.C. trae una regulación objetiva de las costas, es decir, el que pierda el proceso o se le resuelva desfavorablemente el proceso o el recurso, se le condena en la medida que las costas se causen, pero sin necesidad de entrar a valorar su conducta procesal.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

acuerdo con providencia reciente del H. Consejo de Estado³⁸ sobre el particular; razón por la cual si bien se debe disponer sobre la imposición siempre que se acredite su causación como con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso bien sea la condena total o parcial, o bien abstenerse de condenar, en el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandada pues no se acreditó por la parte contraria su causación.³⁹

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Quindío, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: Declárese la nulidad de la Resolución No. 5984 del 25 de abril de 2019 “*Por medio de la cual se hace una adjudicación*” y de la Resolución No. 6029 del 10 de mayo de 2019 “*Por medio de la cual se adiciona el contenido de la Resolución 5984 de 2019*”, proferidas por la Universidad del Quindío.

Segundo: Condénese a la Universidad del Quindío a pagar a favor del Consorcio Campus integrado por Carlos Hernán Arias Betancourth, Marco Javier Gaviria Silva, Elber Zapata Maya y Juan Carlos Sánchez Gálvez la suma de trescientos noventa y tres millones ochocientos treinta mil novecientos sesenta y tres pesos con setenta y ocho centavos (\$393.830.963,78).

Lo anterior, sin perjuicio de que la condena deba ser actualizada con el IPC correspondiente al mes anterior al que quede ejecutoriado el fallo, conforme a la fórmula establecida en la parte motiva.

Tercero: sin lugar a condena en costas, por lo expuesto.

Cuarto: En firme la sentencia, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, cancélese su radicación y archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Sentencia del 8 de febrero de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2015-00033-01(1377-17). Actor: Reinaldo Garcés Ríos. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. En la que se explicó.

“ (...) en lo que respecta a la condena en costas impuesta por el a – quo a la parte demandante, estima la Sala pertinente precisar tal y como lo solicitó el Agente del Ministerio Público, que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 *ibídem*, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales. En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso. (...)”

³⁹ Sentencia de unificación del Tribunal Administrativo del Quindío del 01 de noviembre de 2018, Radicación 63001334000520160006601, actor José Romel Gutiérrez Salcedo, demandado: CASUR, Magistrado Ponente Alejandro Londoño Jaramillo. Aclaración de voto Mg. Luis Javier Rosero Villota.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 63001-2333-000-2019-00244-00
Demandante: Consorcio Campus
Demandado: Universidad del Quindío
Vinculado: Consorcio Remodelación Escenarios Deportivos

Este fallo se discutió y aprobó en Sala de Decisión Ordinaria tal y como consta en el Acta N° 06 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado Por:

ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 4 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO QUINDIO

LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 001 SECCION PRIMERA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO QUINDIO

JUAN CARLOS BOTINA GOMEZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 003 SECCION PRIMERA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO QUINDIO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8065d73c02b2e016e921fe14a4389c362c0b6a7c14b4fbcbb02a5e1f25ae507f

Documento generado en 25/02/2021 03:24:49 PM