

**ENTES AUTONOMOS UNIVERSITARIOS - Actos precontractuales.
Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa /
UNIVERSIDADES PUBLICAS - Competencia de la Jurisdicción de lo
Contencioso Administrativa**

La Sala atendiendo no sólo la jurisprudencia que se ha trazado sobre la materia, sino el hecho de que las normas atinentes a la regulación de la educación superior guardaron silencio en materia de jurisdicción y competencia, en consideración a la calidad del ente estatal que ostenta la Universidad Tecnológica de Pereira, se dará aplicación del artículo 75 de la ley 80 de 1993, según el cual, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales será el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A lo anterior se agrega, que hoy existe otro fundamento normativo expreso para llegar, sin lugar a duda, a esta misma conclusión. Se trata del artículo 132-5 del C.C.A. -modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998- el cual establece en forma clara y concreta que: “Los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos: “5. (...) referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes...”, negocios jurídicos entre los cuales se encuentran los celebrados por los entes autónomos universitarios. Esta norma consagra un criterio de competencia, en materia contractual, que atribuye a esta Jurisdicción la facultad para conocer de las controversias relativas a contratos, en general, con la única condición de que sean celebrados por entidades estatales, calidad que indudablemente ostentan las universidades públicas, según lo dispuso el artículo 57 de la Ley 30 de 1992. Queda claro que en la actualidad, de conformidad con la Ley 1107 de 2006, las controversias en las cuales sean parte, las universidades públicas, por el sólo hecho de ser entidades estatales, las debe resolver esta jurisdicción.

PLIEGO DE CONDICIONES - Obligatoriedad e interpretación

El “pliego de condiciones”, en un proceso de selección de contratista adelantado por una entidad pública no sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vincula en los estrictos y precisos términos en él contenidos de manera que la entidad debe actuar en consonancia con los criterios de evaluación y la correspondiente forma de aplicarlos, pues de otro modo no se cumplirían ni garantizarían los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior, en virtud de los cuales la administración debe actuar observando la igualdad, a moralidad y la transparencia, valores constitucionales que se verían transgredidos si se admitiera que la entidad pública pudiera desconocer las reglas previstas para la escogencia de un contratista.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-31-000-1995-04169-01(14169)

Actor: CONSORCIO DELGADO Y DELGADO VELEZ

Demandado: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PEREIRA

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y por los señores Ricardo Rivera Latorre y José Fernando Alzate González, integrantes del Consorcio Rivera-Alzate, en su calidad de litisconsortes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 18 de julio de 1997, mediante la cual se tomaron, entre otras, las siguientes decisiones:

“1. No se declaran probadas las excepciones presentadas.

2. Anular el Artículo Primero de la Resolución 02532 del 19 de septiembre de 1994, expedida por el Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira, cuyo texto quedó expresamente referido en la parte motiva.

3. Condenar, en concreto, a la entidad estatal mencionada en el ordinal anterior a pagarle al Consorcio Delgado y Delgado-Vélez, a manera de indemnización, la suma que resulte al hacer la operación que se dejó indicada en las consideraciones de este fallo.

4. Se niegan las demás súplicas de la demanda.

5. No se acepta lo solicitado por la Universidad Tecnológica de Pereira respecto del llamado en garantía Martín Sánchez Palma.”
(...)

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los señores Jesús Vélez González y Alberto Delgado Sepúlveda, integrantes del Consorcio Delgado y Delgado-Vélez, por intermedio de apoderado, presentaron demanda en contra la Universidad Tecnológica de Pereira, en escrito presentado el 23 de enero de 1995, demanda que fue corregida el 28 de febrero siguiente para precisar el contenido de las declaraciones y condenas que a continuación se refieren:

“1. Que se decrete la nulidad parcial de la resolución 02532 del 19 de septiembre de 1994 en la parte en que ella resuelve adjudicar el contrato de obra civil a que se refiere la licitación UTP-OC-004-94 al proponente CONSORCIO RIVERA-ALZATE, por la suma de doscientos sesenta y siete millones setecientos ochenta y nueve mil treinta y cuatro pesos M/CTE... \$267.789.034.00.

II. Que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución 02532 del 19 de Septiembre de 1994 (...) se condene a la Universidad Tecnológica de Pereira a pagar al CONSORCIO DELGADO & DELGADO-VÉLEZ dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, el monto de los perjuicios materiales sufridos al no habersele adjudicado el contrato de obra correspondiente a la Licitación Pública UTP - OC - 004 - 94(...).

III. Que se actualice el valor del daño emergente a la fecha de la sentencia con base en la pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha en que surgió el perjuicio, 19 de septiembre de 1994 y la fecha de la sentencia mediante la aplicación de los procedimientos que técnicamente para estas situaciones maneja la Superintendencia Bancaria y acogidos por el Honorable Consejo de Estado a partir de 1978.

IV. Que en el evento que no se condene a la Universidad Tecnológica de Pereira al pago de los perjuicios materiales sufridos, se le condene subsidiariamente al pago de una suma igual al monto amparado por la póliza de garantía que habría cobrado la Universidad en el caso que el Consorcio DELGADO & DELGADO VELEZ como contratista hubiere incumplido la firma del contrato respectivo en la licitación UTP-OC-004-94, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, con los consiguientes intereses moratorios.

v) Que en caso que la Universidad Tecnológica de Pereira no dé cumplimiento al pago de lo ordenado en la sentencia dentro del plazo fijado en la misma y de conformidad con el Código Contencioso Administrativo, artículo 76, numeral 8, a más de los valores fijados en la sentencia pagará intereses legales moratorios iguales al interés bancario durante el tiempo o período de la mora.” (Fls. 80 a 81, cd. ppal)

2. Los hechos, las normas violadas y el concepto de la violación.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que se relacionan a continuación:

2.1. Con el fin de realizar las obras de construcción de la estructura y acabados de la Etapa 1, del nuevo edificio para la Facultad de Ciencias Ambientales, la Universidad Tecnológica de Pereira, por medio de la Resolución número 02273 de Agosto 4 de 1994, ordenó la apertura de la licitación Pública N° UTP - OC - 004 - 94; convocatoria para la cual el consorcio DELGADO & DELGADO - VELEZ adquirió el pliego de condiciones.

- 2.2. El día en que se efectuó el cierre de la licitación Pública UTP -OC- 004- 94 se presentaron 15 ofertas, de las cuales posteriormente fueron eliminadas dos (2) por el comité de evaluación y calificación. Entre las trece (13) propuestas habilitadas para participar se incluía la oferta del consorcio DELGADO & DELGADO - VÉLEZ-,
- 2.3. En el punto 23 del Pliego de Condiciones se determinó que el Comité Técnico de Obras Civiles estaría conformado por la Junta de Licitaciones de la Universidad de Pereira, pero no resultaba claro si el Comité Extraordinario de la Facultad de Ciencias Ambientales, correspondía al mismo, razón por la cual se planteó la inquietud sobre la competencia del mismo para realizar la evaluación y calificación de las ofertas.
- 2.4. Después de transcribir el Pliego de Condiciones en lo referente a los pasos fijados en el Método de Cálculo para Evaluación de Propuestas, señaló que “el Comité Evaluador omitió la aplicación del punto G) del precitado método, dando como resultado la adjudicación del Contrato de Obra Civil al CONSORCIO RIVERA - ALZATE, en detrimento y perjuicio de mi mandante el CONSORCIO DELGADO & DELGADO - VÉLEZ, pues, de haberse aplicado correctamente la fórmula de evaluación de propuestas, concretamente la mencionada letra G) del numeral 41, necesariamente el resultado daría como adjudicatario de la licitación al CONSORCIO DELGADO & DELGADO - VÉLEZ por ser su propuesta la más cercana, por debajo, al último promedio y, además, porque en cuanto a valores era más económica para la Universidad Tecnológica de Pereira, en un monto de \$5'074.838.00, según se desprende del cuadro de adjudicación, de conformidad con la fórmula de la licitación UTP - OC - 004 - 94.
- 2.5. Mediante la Resolución No. 02532 de 19 de Septiembre de 1994, se adjudicó la licitación al consorcio RIVERA-ALZATE, por un valor de \$267'789.034, decisión que según el actor le causó perjuicios, porque de haberse aplicado correctamente la fórmula de evaluación prevista en los pliegos, habría sido el ganador y, por lo tanto, habría obtenido utilidades por la suma de \$36'865.184,60, la cual reclama con las correspondientes actualizaciones hasta la fecha del fallo, como también los valores pagados por los pliegos de condiciones y la constitución de la póliza de seriedad de la propuesta. (Fls. 48 a 63 cd. ppal.)

Como normas violadas Invocó las siguientes:

De la ley 80 de 1993: i) el artículo 23, por la incorrecta aplicación de la fórmula de evaluación de las propuestas, contenida en los pliegos de condiciones; **ii)** el art.

24, porque se eludió la escogencia objetiva, al dejar de aplicar el LITERAL G) de la fórmula de evaluación de las propuestas; **iii)** el artículo 26, porque no se cumplieron los principios de la contratación pública, ni el deber de la Universidad Tecnológica de Pereira de seleccionar el proponente más favorable a sus intereses; **iv)** el artículo 28, porque no se interpretaron adecuadamente las normas contractuales; **v)** el artículo 29, porque no hubo selección objetiva, al haberse inaplicado la fórmula de evaluación que dio lugar a desestimar el ofrecimiento más favorable.

Del pliego de condiciones: el numeral 41, denominado “Método de cálculo para evaluación de propuestas”, porque se omitió la aplicación correcta y completa de la fórmula que este apartado contempló (Fls. 65 a 68, cd. ppal.)

3. Actuación Procesal.

Mediante auto de 17 de agosto de 1995, el Tribunal admitió la demanda y dispuso la notificación personal al Agente del Ministerio Público, al Rector de la Universidad demandada y los señores Ricardo Rivera Latorre y José Fernando Alzate González, integrantes del Consorcio Rivera-Alzate, adjudicatario del contrato por considerar su intervención necesaria para integrar el contradictorio; igualmente ordenó la fijación en lista y reconoció personería al apoderado del demandante. (fls. 104 a 106, cd. ppal.).

4. La contestación de la demanda.

4.1. Por la Universidad Tecnológica de Pereira.

La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda. En particular aceptó que los numerales 23 y 25 del pliego indicaban que el Comité de Obras estaría conformado por la Junta de Licitaciones de la Universidad y que podía “inhabilitar propuestas”; sin embargo, el Rector de la Universidad, facultado por el Estatuto General de la Institución y por la ley, había expedido la Resolución 2053 el 14 de julio de 1994, por la cual integró un grupo coordinador denominado “Comité Técnico de Obras Civiles” con el fin de que asumiera y se responsabilizara de la marcha del proyecto de construcción objeto de la licitación.

De otra parte, el Rector, mediante el contrato de consultoría No. 310, del 25 de julio de 1994, celebrado con el arquitecto Martín Sánchez Palma, le asignó funciones de Gerente del Proyecto y, entre otras, la de organizar las licitaciones necesarias para la construcción y dotación del proyecto, razón por la cual entró a ser parte del Grupo Coordinador.

Agregó la parte demandada que no se violaron los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993, porque en el pliego de condiciones se estableció claramente el procedimiento de selección y éste se cumplió cabalmente, con lo cual se aseguró la selección de la propuesta más favorable para la Universidad.

Añadió que la letra G) del numeral 41 del pliego, correspondiente a la fórmula de evaluación, se aplicó integralmente. El análisis se hizo teniendo en cuenta lo dispuesto en la letra F), que es complemento necesario para dar aplicación a la letra G); de esta manera, después de descartar definitivamente las propuestas que se encontraban por encima o por debajo del presupuesto básico, en más de un 5%, se debía elegir la que más se aproximara al presupuesto básico por debajo, en el entendido que este presupuesto básico es el promedio a que se refiere a la letra G), y ésta fue la propuesta presentada por el Consorcio Rivera-Alzate.

Distinta sería la conclusión si, después de la letra G) se hubiera determinado, en otro apartado del pliego de condiciones, que se sumaran los valores totales de las propuestas que quedaran después de descartar las ofertas que se encontraron por encima o por debajo del presupuesto básico, en el 5%, y luego se promediaran. No obstante, el pliego no dispuso esto, circunstancia por la cual la fórmula se agotó en la letra G), de manera que si no se hubiese aplicado de este modo se habría violado la letra F) del pliego de condiciones.

Adicionalmente, el demandado propuso las siguientes excepciones:

- i) **Falta de integración del legítimo contradictorio**, en atención a que no se citó al Gerente del Proyecto, arquitecto Martín Sánchez Palma, quien, entre sus obligaciones, asumió la de organizar las licitaciones necesarias para el proyecto.
- ii) **Caducidad de la acción**, porque el acto demandado se notificó el 22 de septiembre del mismo año y el término de 4 meses se cumplió el 21 de enero de 1995, de manera que, para la fecha de presentación de la demanda -23 de enero de 1995- había operado el fenómeno de la caducidad de la acción. Advirtió que, con la reforma introducida por el Decreto-ley 2304 de 1989, el término de caducidad se cuenta desde la fecha de la notificación y no a partir de su comunicación.
- iii) **Ineptitud formal de la demanda**, porque los hechos no quedaron debidamente individualizados y numerados, además, el concepto de violación

no contiene razonamiento jurídico alguno que permita entender en qué consiste. (Fls. 221 a 236, cd. ppal.)

4.2. Contestación de la demanda por parte de los señores Ricardo Rivera Latorre y José Fernando Alzate González, integrantes del Consorcio Rivera-Alzate, en calidad de litis consorcio necesario.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con el argumento de que la propuesta del demandante no era la más cercana al promedio por debajo del presupuesto básico, ya que: “(...) según el resultado del sistema de computador en que se evalúan todas las licitaciones de la Universidad el presupuesto básico ascendía a la suma de \$268'385.876, y el demandante hizo oferta por la suma de \$262'714.196”, mientras que el adjudicatario “hizo propuesta por la suma de \$267'789.034 suma que se acerca más por debajo al presupuesto básico.” (Fls. 237 a 241, cd. ppal.).

4.3. Intervención del llamado en garantía, Martín Sánchez Palma.

El Tribunal, mediante auto del 17 de noviembre de 1995 (Fls. 242 a 244, cd. ppal.), confirmado por el Consejo de Estado el 15 de abril de 1996 (Fls. 258 a 262, cd. ppal.), admitió el llamamiento en garantía del señor Martín Sánchez Palma y, en consecuencia, dispuso la notificación correspondiente y le concedió un término de 5 días para intervenir en el proceso.

Éste, a su vez, solicitó llamar en garantía a algunos funcionarios de la Universidad demandada que participaron en el procedimiento administrativo de licitación; así mismo, reconoció como ciertos algunos hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda, debido a que el procedimiento para la adjudicación se realizó en forma transparente, con estricta aplicación de las condiciones del pliego a tal punto que se prorrogó el término para la adjudicación, “con el único objetivo de lograr aclarar presuntas dudas y dar así una solución a la controversia presentada por el Consorcio Delgado & Delgado-Vélez y no lesionar los intereses de los proponentes”.

Respecto de su presunta responsabilidad frente a la Universidad, sostuvo que, dentro de las obligaciones que asumió como contratista de ésta, no estaban las de evaluar las propuestas, aplicar fórmulas, ni adjudicar la licitación, porque tales funciones se asignaron al correspondiente Comité y al Director de la Universidad.

Precisó que su conducta fue diligente en la elaboración de los pliegos y para ello acató lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2090 de 1989; que la fórmula de evaluación fue suministrada por la Universidad y consta en todos los pliegos preparados por la misma entidad, fórmula que fue cuestionada en la audiencia de aclaraciones, lo cual motivó su modificación mediante adenda No. 1.

Señaló que la controversia se suscitó no por dejarse de aplicar el literal G) de la fórmula establecida en el método de evaluación, sino porque en la forma de aplicarlo existen dos criterios, uno el que corresponde al adoptado por la entidad pública demandada y el otro, el que expone la parte actora. (fls. 378 a 401, cd. ppal.)

4. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia dictada el 18 de julio de 1997, desestimó la excepción de “caducidad de la acción”, en razón a que la demanda fue presentada dentro de los 4 meses siguientes a la fecha en la cual el acto de adjudicación fue comunicado a la actora, hecho que se produjo el 23 de septiembre de 1994.

De igual manera determinó la no prosperidad de la excepción de ineptitud de la demanda y falta de integración del legítimo contradictorio, por cuanto, de una parte, la demanda fue corregida y de esta manera se subsanaron las inconsistencias que presentaba y de otra, porque se vinculó al llamado en garantía.

En cuanto al asunto de fondo concluyó que la adjudicación del contrato se hizo desconociendo el pliego de condiciones, puesto que la Universidad Tecnológica de Pereira inaplicó lo previsto en el literal G) del numeral 41, “Método de Cálculo para evaluación de las propuestas” que obligaba a elegir la propuesta que más se aproximara al promedio por debajo del rango del presupuesto básico. El *a quo*, entiende que *“cuando el literal g fuente de la discusión, se refiere al promedio ese no es otro que el que aparece luego de sumar los valores de todas las ofertas que quedaron válidamente elegibles, después de la eliminación ordenada en el literal inmediatamente anterior (el F) y dividir por el número que comprenden los sumandos.”*(FL. 475, cd. ppal.)

En relación con la indemnización, consideró que, dado que la parte actora no discriminó cada uno de los factores que integran el denominado AIU - limitándose a señalarlo globalmente, en un 20% del valor total de la propuesta-, procedió a dividir por tres este porcentaje para definir el valor correspondiente a cada uno de

estos ítems y de esta manera deducir la denominada utilidad -“U”- esperada, que correspondería a un 6,66%.

Para efecto de la actualización de la utilidad precisó que como en la oferta, el demandante, se comprometió a ejecutar la obra en 90 días calendario, contados desde la firma del acta de iniciación y como la adjudicación “se produjo el 19 de septiembre de 1996” (sic 1994), y la obra se terminó el 28 de diciembre del mismo año, ordenó la actualización de la cifra a partir del mes de “diciembre de 1996” (sic 1994) hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Sobre el llamamiento en garantía precisó que: *“La circunstancia que presenta el proceso nos lleva a decidir que no cabe pronunciamiento en contra del llamado en garantía, MARTÍN SÁNCHEZ PALMA. La Universidad no acreditó que en él se hubiese dado conducta dueña de dolo o culpa grave, requisitos exigibles en el artículo 90 de la Carta Política, para la repetición. Quedó probado que la adjudicación la profirió el Rector de la Institución, una vez que aceptó la recomendación del Comité que para ello designó, la que se dio antecedita de concepto jurídico del profesional encargado para ello por la demandada. Además, se acreditó (f. 265) que fueron funcionarios de la misma Universidad los encargados de realizar la aplicación sistematizada del desarrollo de la operación matemática de la fórmula plasmada en los pliegos de condiciones de la licitación No. UTP - OC - 004 - 94(...) ello advierten, en presencia del llamado en garantía”*

En cuanto a las objeciones formuladas contra el dictamen pericial manifestó que no haría pronunciamiento alguno, por cuanto dicha prueba no había sido valorada para tomar la decisión. (fls. 454 a 484, cd-. ppal.).

6.- Los recursos de apelación.

Fueron interpuestos por la entidad demandada -Universidad Tecnológica de Pereira- y por los señores Ricardo Rivera Latorre y José Fernando Alzate González, integrantes del Consorcio Rivera-Alzate, adjudicatario del contrato; ambos pretenden que se revoque la sentencia y que, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda.

6.1. De la Universidad Tecnológica de Pereira.

La Universidad demandada solicitó la revocatoria, en su integridad, de la sentencia apelada y en el evento de mantenerse la condena, que sea el llamado en garantía quien responda por los eventuales perjuicios.

Como fundamento del recurso señaló que el Tribunal interpretó inadecuadamente lo dispuesto en la letra G), capítulo 41, del pliego de condiciones al entender que para la aplicación de la fórmula de evaluación no se requería sacar un nuevo promedio entre los oferentes, sino que el denominado “Presupuesto Básico”, a que se refieren las letras E) y F), constituía la base para tomar la decisión de la adjudicación y de esta manera le dio razón al demandante en su planteamiento sobre la aplicación de la fórmula.

Adujo que para definir sobre la manera en que se debía aplicar la letra G), el Tribunal ordenó una prueba pericial que luego desestimó debido a que el dictamen practicado en el proceso, se hizo con peritos que se encontraban inhabilitados por haber participado como proponentes en la licitación, de tal suerte que la prueba pericial no podía tener valor probatorio alguno; pero que, en todo caso, el Tribunal debió apoyarse en un dictamen pericial para tomar su decisión, prueba que se echa de menos y por lo tanto, no era posible aducir la indebida aplicación de la precitada disposición del pliego, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda por no haberse probado la ilegalidad del acto demandado.

Finalmente, señaló que la sentencia es incongruente, porque no define la situación del llamado en garantía y tampoco contiene pronunciamientos sobre la situación del litisconsorte necesario. (Fls. 486 a 493, cd. ppal.)

6.2. De los señores Ricardo Rivera Latorre y José Fernando Alzate González, integrantes del Consorcio Rivera-Alzate.

Expresó el Consorcio que el fallo apelado es incongruente, porque el *a quo* no se pronunció sobre su situación, de manera que: “(...) *al momento de proferir sentencia, lo ignoró, es decir, no se pronunció sobre él, razón por la cual a la fecha ... no sabe si es considerado responsable o no de las resultas del proceso (...)*” (FL. 486, cd. ppal.) con lo cual se incumplió el mandato del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, que establece la obligación de que se resuelvan todos los extremos de la litis. (Fls. 486 y 487, cd. ppal.).

7. Actuación en segunda instancia.

7.1. Los recursos fueron admitidos el 9 de marzo de 1998 (Fl. 496, cd. ppal.) y luego se ordenó el traslado para alegar, el 28 de abril siguiente (Fl. 498, cd. ppal.). El demandante y el demandado no presentaron alegatos de conclusión.

7.2. El llamado en garantía, Ingeniero Martín Sánchez Palma, reiteró sus argumentos, en defensa de la legalidad, tanto del acto demandado como de su actuación en la Universidad Tecnológica (Fls. 520 a 522, cd. ppal.).

8. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Sexta Delegada ante el Consejo de Estado solicitó revocar el fallo recurrido y, en su lugar, negar las súplicas de la demanda, con fundamento en que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado y, además, porque dicho acto se ajustó a la ley y al pliego de condiciones.

Explicó que el actor pretendió adicionar el pliego de condiciones, con un procedimiento matemático tendiente a obtener un “promedio” no previsto en él, mediante la suma de los valores de las propuestas que quedaban en competencia, después de agotado el paso previsto en la letra F). Agregó que la frase “... la que más se aproxime al promedio por debajo...” no puede interpretarse, como lo hace el actor, en el sentido de que otra vez sea necesario sumar y dividir los valores de las ofertas que quedaron en el rango del presupuesto básico.

Dijo también que: *“Los términos de redacción del LITERAL G)(...)’ (...) indican que la comparación debe efectuarse con relación al Presupuesto Básico, que según se observa en el literal e), es el promedio sacado con la sumatoria de todas las propuestas a considerar, el presupuesto de aproximación y el presupuesto oficial, por lo cual resulta apenas lógico que la comparación última se efectúe con relación a este promedio y no a uno nuevo.”*

Señaló que esos requisitos del pliego han sido dispuestos por la Universidad en anteriores procedimientos administrativos de licitación y evaluación de propuestas, sistema que en el presente caso no fue variado caprichosamente, como lo sugiere el demandante.

Sobre el dictamen pericial, advirtió que presenta las siguientes irregularidades: *i)* en el cálculo de los perjuicios se incluyeron rubros que no caben en el concepto de utilidad y que por lo tanto no se pueden indemnizar, tal es el caso de los costos de la presentación de la oferta y los salarios dejados de percibir por el Gerente y Subgerente del proyecto; *ii)* cambió precios ofrecidos por los proponentes y eliminó ofertas que cumplían con el pliego de condiciones; *iii)* no sustentó adecuadamente la manera en que se aplicó la fórmula de evaluación del pliego y *iv)* quienes actuaron como peritos fueron proponentes que resultaron vencidos en el proceso de licitación que es materia de la litis, luego tenían un interés indirecto en el resultado del proceso.

Lo anterior justifica, para el Ministerio Público, que prospere la objeción por error grave.

Finalmente sostuvo que el actor no contó con ningún medio probatorio para demostrar su afirmación respecto de la equivocada evaluación de las ofertas por parte de la Universidad demandada, la ilegalidad del acto expedido por violación del principio de selección objetiva y que su propuesta realmente fuera la mejor, elementos indispensables para obtener la nulidad del acto de adjudicación, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado. (Fls. 500 a 519, cd. ppal.)

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación formulados por la parte demandada y el litisconsorte necesario, contra la sentencia proferida el día 18 de julio de 1997 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Asunto previo.

De manera previa al análisis de fondo del asunto sometido a conocimiento de la Sala, resulta indispensable, en cumplimiento de lo normado por el numeral 6º del artículo 238 del C. de P. C., resolver las objeciones que, por error grave, se formularon contra el dictamen pericial, toda vez que el *a quo* se abstuvo de hacerlo con el argumento de que desestimaría la prueba pericial (Fl. 482, cd. ppal.). Lo anterior con el fin de determinar si dicho dictamen será materia de valoración en la segunda instancia.

Se observa que en el auto de 26 de septiembre de 1996, mediante el cual se decretó la prueba pericial, se determinó que los peritos debían dictaminar sobre los siguientes aspectos:

“2º- ...determinarán el valor de las utilidades dejadas de percibir por el consorcio demandante, con ocasión de la no adjudicación del contrato motivo de esta demanda, en el evento de haberle correspondido a él la adjudicación. Para ello tendrá en cuenta el lucro cesante, el daño emergente, los intereses y la actualización de tales valores de acuerdo con la pérdida del poder adquisitivo y la corrección monetaria” (Fl. 403, cd. ppal.)

También, revisarán la propuestas presentadas en este caso y determinarán cuál es el resultado después de aplicar la fórmula de evaluación establecida en los pliegos de la licitación pública UTP-OC-004-94, numeral 41 “Método de Cálculo para evaluación repropuestas y el adendo No.1” (Fl. 404, cd. Ppal.)

(...) Siempre dejarán consignadas las razones de sus dichos.

Las objeciones formuladas contra el dictamen pericial por parte de la entidad demandada, el litisconsorte y el llamado en garantía, se concretan en lo siguiente:

- 1) Las cifras que aparecen plasmadas en el cuadro denominado “Concepto Técnico” para la aplicación de la fórmula de evaluación no corresponden con las presentadas en las ofertas originales; además, fueron excluidas del cuadro, sin justificación alguna, cuatro de las propuestas presentadas que se encontraban dentro del rango exigido por el pliego.
- 2) El dictamen incluye dentro del valor de las utilidades dejadas de percibir por el consorcio demandante (daño emergente y lucro cesante, intereses y corrección monetaria) otros conceptos referidos al costo de la preparación de las ofertas y los salarios de gerente y subgerente que nada tienen que ver con dicho rubro.
- 3) El dictamen no indica cuál es el fundamento de los resultados obtenidos de la aplicación del método de evaluación de la licitación UTP-OC-004-94 y del porcentaje que fue calculado para la utilidad.
- 4) Se plantea un posible conflicto de intereses con fundamento en que los peritos tuvieron relación directa con la licitación; uno de ellos fue proponente vencido y el otro su representante en algunas de las diligencias adelantadas durante el período de selección.

Para el examen de las objeciones propuestas resulta pertinente precisar que para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.

Al respecto, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹ ha precisado, lo siguiente:

“(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con

¹ Corte Suprema de Justicia, Auto de 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

intervención de otros peritos...”² pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...” (Resaltados fuera del texto)

Siguiendo estos lineamientos se procederá a analizar cada una de las objeciones propuestas:

La primera objeción:

Examinado el cuadro del concepto técnico, que hace parte del dictamen pericial materia de reparo, se observa que las cifras contenidas en la segunda columna (Fl. 21, cd. 18), denominada “propuesta”, coinciden en un todo con las cifras que aparecen en la segunda columna, “valor de la propuesta”, del cuadro que hace parte del informe de evaluación de las ofertas, (FL. 322, cd. ppal.), de donde se infiere que no hay razón alguna para sostener que se variaron los valores de las propuestas y por lo tanto, la objeción formulada en este aspecto es infundada.

De otra parte, se confirma que en el cuadro del informe técnico se descartaron las propuestas presentadas por el Consorcio Giraldo Morales, la firma Cuatro Ltda. y el consorcio Idarraga Sánchez, las cuales se encontraban clasificadas en el informe de evaluación realizado por la Administración e igualmente los peritos incluyeron las propuestas presentadas por los Consorcios Medina Buitrago y Ángel Villegas, que habían sido excluidas del informe evaluativo de la entidad demandada, sin que se conozcan las razones que tuvieron los expertos para ello, toda vez que nada explicaron en relación con el tema y tan sólo se limitaron a plasmar las cifras en un cuadro resumen, circunstancia que imposibilita establecer con certeza la configuración de error grave en el dictamen.

A lo anterior se agrega que los interesados en los resultados del dictamen no solicitaron aclaración o complementación del dictamen, para de esta manera, absolver sus dudas.

Así las cosas, cabe concluir que más que haberse comprobado la existencia de error grave en el dictamen pericial, en realidad se advierte falta de sustentación y análisis en el mismo, en la medida en que arroja valores o cifras que no tienen explicación alguna, al no indicarse el procedimiento utilizado para obtenerlas ni las

² Gaceta Judicial, T LIII, pág.306.

razones que motivaron la variación de los resultados en cuanto a la exclusión de algunas propuestas que habían sido clasificadas en la evaluación realizada por el Comité de Evaluación³ y la inclusión de otras que fueron descartadas, circunstancia que impide al juez tener certeza sobre la idoneidad de la prueba pericial y por lo tanto valorarla para tomar sus decisiones, pero que en estricto sentido no configura error en materia grave.

La segunda objeción:

La prueba pericial ordenada por el Tribunal estuvo encaminada a la determinación del valor de las utilidades, como en efecto se hizo en el dictamen; sin embargo, los peritos calcularon entre los perjuicios otros conceptos que no les habían sido solicitados, referidos a los salarios no recibidos por no haberse ejecutado la obra y a los costos de preparación de las ofertas, es decir, excedieron el límite de lo ordenado, situación que bien podía solucionarse desechando aquella parte del experticio que versó sobre aspectos que no fueron materia de la prueba decretada.

Además se advierte que los peritos al hacer el cálculo de la utilidades, sin fundamento alguno, afirmaron lo siguiente *“en la época en que se presentó la propuesta el análisis más generalizado para el A.I.U. era : Administración 9%, Imprevisto 3% y Utilidades 8%”*, es decir, que por su mera apreciación subjetiva, decidieron establecer los porcentajes para cada uno de estos conceptos pero sin que esta conclusión obedeciera a un juicio de valor, a un análisis o examen detallado o a una razón lógica, de tal suerte que la prueba pericial así rendida no otorga convicción al juez para soportar sus decisiones, por carecer de fundamento.

En este aspecto, advierte la Sala la conducta omisiva de los interesados, en relación con el resultado del dictamen, al no solicitar su complementación para despejar las dudas que se presentaban, sin embargo, tales deficiencias de la prueba pericial no pueden catalogarse como error en materia grave.

La tercera objeción:

En cuanto a las cifras contenidas en las columnas Nos. 3 a 6 del cuadro elaborado por los peritos en el cual se enuncia *“Aplicación de la fórmula”* se precisa, que éstas, al parecer, corresponden al resultado de la aplicación del método del cálculo contenido en el pliego de condiciones; sin embargo, los peritos no

³ El Comité de evaluación denominado Comité de Construcción de la Facultad de Ciencias Ambientales se encontraba integrado por el Vicerrector Administrativo, el Jefe de la Oficina de Planeación, el Decano de la facultad de Ciencias Ambientales y el Jefe de Unidad de Planta física. (fl. 325, cd. Ppal)

explicaron si justamente los cálculos realizados obedecían a la aplicación del citado método, como tampoco cuál había sido el procedimiento utilizado para obtener dichos valores, circunstancias que hacen imposible establecer si el dictamen se encuentra afectado de error grave o si por el contrario, corresponde a un análisis correcto del tema.

Se destaca que los interesados en el dictamen, una vez más, dejaron de ejercer su derecho para solicitar su complementación o aclaración lo cual seguramente daría luz a sus muchas inquietudes.

Este aspecto del dictamen rendido con tales falencias no otorga mérito para ser valorado como prueba que permita decidir la controversia y por lo tanto será desestimado, más no puede afirmarse que dicha prueba contiene error en materia grave.

La cuarta objeción:

En relación con esta objeción se aprecia que el impugnante no ataca en sí el dictamen pericial, sino que se dirige a recusar a los peritos designados para rendir el dictamen así: i) al perito Mario Giraldo Enciso, por haber sido oferente en la licitación UTP-004 de 1994, cuya adjudicación se encuentra cuestionada en este proceso y al perito Jaime David Anaya Buitrago por haber concurrido en representación de Mario Giraldo Enciso a la diligencia de visita al sitio de la obra, realizada en la misma licitación pública.

Al respecto se precisa que el artículo 235 del C. de P. C., consagra causales de impedimento y recusación, en las cuales pueden estar incursos los peritos, similares a aquellas que rigen para los jueces. (art. 150 del C. de P. C.) En el evento de que el perito no hubiere manifestado el impedimento, tal como ocurrió, las partes tenían la oportunidad de recusarlo dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que hizo la designación, pero no fue así y dejaron precluir el término que la ley les otorgaba para formular la recusación y de esta manera lograr la desvinculación de los peritos y simultáneamente, la designación de otros.

Se precisa que si bien es cierto que el Ingeniero Mario Giraldo Enciso participó en la licitación como integrante del Consorcio Giraldo Morales (FL. 41, cd. 12) y que el Ingeniero Jaime David Anaya concurrió a la diligencia de visita al lugar de la obra, en representación del primero, en la misma licitación, circunstancias que inevitablemente generan duda respecto de su imparcialidad al dictaminar sobre el asunto que les fue encomendado, también lo es que tal circunstancia no puede esgrimirse como error grave en el dictamen pericial para objetar su contenido.

De todo lo anteriormente expuesto, en relación con las cuatro causales propuestas, fuerza concluir que no se encuentra probada la objeción por error grave en el dictamen pericial rendido el 23 de octubre de 1996, sencillamente porque debido a la ambigüedad, ausencia de claridad, fundamento y argumentación del experticio, no es posible siquiera establecer cuál fue el procedimiento adoptado por los peritos y si estuvo o no correctamente aplicado el método de evaluación y, por ende, si las conclusiones a las cuales arribaron son correctas o adolecen de error, razones suficientes para desestimar la prueba por carecer de sustento.

Asunto de fondo.

Se cuestiona la legalidad del acto administrativo mediante el cual la Universidad Tecnológica de Pereira adjudicó la licitación Pública UTP-OC-004 -94, cuyo objeto consistía en la construcción de la estructura y acabados de la etapa I, del nuevo edificio para la Facultad de Ciencias Ambientales, al Consorcio Rivera-Alzate, toda vez que la parte actora considera tener derecho a la adjudicación por haber presentado la mejor oferta.

Para el análisis del asunto sometido a conocimiento de la Sala se seguirá el siguiente derrotero: **1)** Competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa para juzgar el acto precontractual demandado y naturaleza del acto y **2)** El caso concreto: **2.1** Los hechos probados, **2.2** El contenido, la obligatoriedad e interpretación del pliego de condiciones de un ente autónomo universitario; **2.3** El llamamiento en garantía; **2.4** Impugnación del litisconsorcio necesario.

1. Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para juzgar el acto precontractual demandado y naturaleza del acto.

En el presente caso subyace, como soporte de la discusión de fondo, una problemática respecto de la competencia que tiene esta Jurisdicción, para juzgar una controversia originada en un acto pre-contractual proferido por una universidad pública, teniendo en cuenta que estas entidades, en virtud de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69⁴ de la Constitución Política, se rigen en materia de contratación por normas del derecho privado. Lo anterior, en consideración a que el actor acudió a esta Jurisdicción especializada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad de la resolución No. 2532 de 1994, proferida por la Universidad Tecnológica de Pereira, por medio de la cual dicha entidad adjudicó un contrato.

⁴ ARTICULO 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. (...)

Los entes autónomos universitarios, en desarrollo de la autonomía universitaria consagrada en la Carta Suprema, gozan de un régimen contractual especial de conformidad con lo dispuesto por los artículos 57, 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, norma vigente a la fecha de adjudicación de la licitación en estudio y por tal razón no se encuentran sometidos al régimen consagrado en la Ley 80 de 1993, lo cual obliga a precisar si dicha circunstancia incide o no en la competencia de esta Jurisdicción para conocer de las controversias que se susciten en relación con los actos precontractuales o contractuales que de ellas emanen.

El artículo 57 de la Ley 30 de 1992 dispone lo siguiente:

“Art. 57. inc. 3. El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero **y el régimen de contratación** y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley.”⁵ (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 30 de 1992 estableció, en materia de contratación:

“Art. 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.*

“**PARÁGRAFO.** *Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.*” (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional, en sentencia C-547 de 1994, declaró exequible el régimen contractual especial que rige para las Universidades del Estado; en el siguiente sentido se pronunció:

“*Haciendo un análisis sistemático de las normas constitucionales que regulan este asunto, se concluye que la autonomía universitaria no es absoluta, puesto que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación*

⁵ Este inciso fue luego modificado por el artículo 1 de la ley 647 de 2001, el cual dispone que: “El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley.”

moral, intelectual y física de los educandos (art. 67 C.N.); y a la ley establecer las condiciones requeridas para la creación y gestión de los centros educativos (artículo 68 C.N.), y dictar las disposiciones generales con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus estatutos. (art. 69 C.N.)

A más de lo anterior, el constituyente autoriza a la ley para crear un "régimen especial" para las universidades del Estado, lo que significa que estas instituciones se regularán por normas especiales que pueden ser iguales o distintas a las aplicables a otras entidades de educación superior, públicas y privadas, o a las demás entidades estatales, siempre y cuando con ellas no se vulnere su autonomía. En consecuencia, bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones 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, exceptuando los de empréstito, que deben someterse a las reglas del "decreto 222 de 1983, o a las normas que lo modifiquen o deroguen". Y como este ordenamiento fue derogado por la ley 80 de 1993, ha de entenderse que la normatividad a la cual se remite el precepto demandado, es la citada ley.

Al tener el legislador la facultad de establecer el precitado régimen especial en materia contractual, resulta apenas obvio que se hubieran consagrado en el artículo 94 demandado, algunos requisitos adicionales para la celebración de contratos con las universidades estatales u oficiales, los cuales son necesarios para la validez de los mismos, como son: aprobación y registro presupuestal, sujeción de los pagos a las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional en los casos que exija la ley, sin lesionar mandato alguno del Estatuto Superior.

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, 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."

Al tener claro que el régimen aplicable al caso concreto es el de derecho privado, se hace necesario revisar la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias derivadas, tanto de los contratos celebrados por los entes autónomos universitarios, como de los actos

precontractuales expedidos, precisamente en consideración a su carácter de entidades estatales.

Sobre el tema, la Sala con ocasión de la acción contractual instaurada por la Universidad del Tolima con el fin de que se declarara el incumplimiento de un contrato de obra que había celebrado con una empresa constructora de naturaleza privada, sostuvo:

“Las universidades oficiales, pese a la garantía constitucional de su autonomía, son entidades estatales sujetas a la ley y, a quienes ésta les ha otorgado capacidad para celebrar contratos. Nadie osaría poner en duda la naturaleza administrativa que cumplen las universidades públicas en el ejercicio de sus funciones.

*En consecuencia, **los actos contractuales que celebren las universidades estatales u oficiales, son ‘contratos estatales especiales’**, por cuanto están sujetos a un régimen especial por expresa disposición legal.*

*La circunstancia según la cual la ley 30 de 1992 ha dispuesto que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se registrarán por las normas del derecho privado, **no significa que el juez del contrato haya dejado de pertenecer a la jurisdicción administrativa para atribuirle esa función a la justicia ordinaria civil.***

*Razonar así sería caer en un entimema en donde en forma mecánica se relacionaría aplicación de normatividad privada a justicia ordinaria, y aplicación de normatividad pública a justicia administrativa; esta apreciación ya superada, tuvo lugar en el pasado cuando apenas se deslindaban los límites entre esas dos jurisdicciones. **Hoy es claro que la remisión que hacen las normas públicas contractuales a preceptos del derecho privado no tiene por este solo hecho la capacidad para alterar la naturaleza pública de los negocios que celebren las entidades estatales, sino que es una respuesta a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo, como antes se expuso.***

En consecuencia, la interpretación acorde con el orden constitucional y legal es aquella que centra su atención en la función administrativa que desarrollan las universidades estatales u oficiales al contratar, para luego deducir que el juez del contrato corresponde a la jurisdicción administrativa, de conformidad con el artículo 82 del C.C.A.

En conclusión, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales especiales y de los procesos de ejecución o cumplimiento en razón de los mismos, que celebren las universidades estatales u oficiales, es el de la jurisdicción contencioso administrativa.”⁶ (Negritas no son del texto)

⁶ Auto de agosto 20 de 1998, rad. 14.202, C.P. Juan de Dios Montes.

En sentencia proferida más recientemente para resolver un asunto similar al que hoy es materia de estudio, oportunidad en la cual se demandaba en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto mediante el cual la Universidad del Tolima adjudicó un contrato de obra, la Sala se pronunció de la siguiente manera:

“La Ley 80 de 1993, en su artículo 75 estipuló que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”, con lo cual se atribuyó a esta jurisdicción, de manera privativa, el conocimiento de todos los contratos celebrados por las entidades estatales, independientemente, claro está, del régimen legal que deba aplicarse para dirimir la correspondiente controversia, que puede ser el de derecho público contenido en la misma Ley 80, el de derecho privado de los Códigos Civil y de Comercio, o el régimen especial que haya determinado el legislador para ciertas materias

(...)

Es claro entonces, que aún en el evento en que el régimen jurídico de los contratos de una entidad estatal sea uno especial o el del derecho privado, si expresamente la ley no dispone nada en contra, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la encargada de dirimir las controversias que surjan de tal relación comercial, aplicando como regla de fondo ese régimen especial o el de derecho privado, según el caso.

(...)

No puede dejarse de lado el hecho de que, a pesar de tratarse de contratos estatales especiales sujetos a la normatividad del derecho privado, son celebrados por entidades estatales que al ejercer funciones administrativas se pronuncian y deciden a través de actos administrativos, cuyo juzgamiento es de exclusiva competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”⁷

Esta postura será reiterada por la Sala atendiendo no sólo la jurisprudencia que se ha trazado sobre la materia, sino el hecho de que las normas atinentes a la regulación de la educación superior guardaron silencio en materia de jurisdicción y competencia, razón por la cual, en consideración a la calidad del ente estatal que ostenta la Universidad Tecnológica de Pereira, se dará aplicación del artículo 75 de la ley 80 de 1993, según el cual, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales será el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁷ Sección Tercera, Sentencia de 20 de abril de 2005, Exp. 14519, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

A lo anterior se agrega, que hoy existe otro fundamento normativo expreso para llegar, sin lugar a duda, a esta misma conclusión. Se trata del artículo 132-5 del C.C.A. -modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998- el cual establece en forma clara y concreta que: “Los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos: “5. (...) **referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes...**” (Negrillas fuera de texto), negocios jurídicos entre los cuales se encuentran los celebrados por los entes autónomos universitarios.

Esta norma consagra un criterio de competencia, en materia contractual, que atribuye a esta Jurisdicción la facultad para conocer de las controversias relativas a contratos, en general, con la única condición de que sean celebrados por entidades estatales, calidad que indudablemente ostentan las universidades públicas, según lo dispuso el artículo 57 de la Ley 30 de 1992⁸.

Recientemente, con la expedición de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., se amplió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir las controversias originadas en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas.

Ahora bien, esta claridad aportada por el artículo 82 del C.C.A., modificado por la citada Ley, es útil para irradiar el criterio de competencia expuesto. Dispuso esta norma en el artículo 1º, que:

Artículo 1º. *El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

⁸ Dice la norma citada que “Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

“Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: *Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.*”

De otra parte, el art. 68 de la ley 489 establece que son entidades descentralizadas, entre las que se deben incluir los entes autónomos universitarios públicos, “... los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y **las demás entidades creadas por la ley o con su autorización**, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales **con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio**. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.” (Negrillas fuera de texto)

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

La norma transcrita tuvo como propósito, entre otros, aclarar el régimen jurisdiccional de las entidades estatales. El cambio más significativo tiene que ver con la eliminación de la referencia que hacía el texto anterior del mismo artículo 82, a las "controversias y litigios administrativos", por la expresión "controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas", variación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate - contractual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que de un criterio eminentemente material u objetivo, que permitía distinguir las actividades de las entidades públicas entre aquellas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no, pasó a un criterio subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad.

De esta manera, la nueva norma erige a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el juez, por excelencia, de la actividad estatal, con las excepciones previstas en el artículo 2 de la misma ley⁹.

Queda claro que en la actualidad, de conformidad con la Ley 1107 de 2006, las controversias en las cuales sean parte, las universidades públicas, por el sólo hecho de ser entidades estatales, las debe resolver esta jurisdicción.

⁹"Artículo 2º. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

"Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001."

Así, tanto el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, como la Ley 1107 de 2006, son de naturaleza procesal y, por lo tanto, de derecho público, de orden público y de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6º del Estatuto Procesal Civil¹⁰ y, por ende, de aplicación inmediata, según lo prescrito por los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887¹¹.

Es indiscutible que el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, pero es claro que no define la competencia jurisdiccional.

La lógica que se utiliza en este razonamiento es similar a la aplicada tantas veces por esta misma Sala, para analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y los celebrados bajo el amparo del derecho privado, sobre lo cual se ha dicho que ambos son contratos estatales¹², pese a que los rijan dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes.

¹⁰ El artículo 6º del C. de P.C. dispone: "Artículo 6. "Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas"

¹¹ Artículo 38: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúase de esta disposición: 1º. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato (...) (resaltado fuera de texto)

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prescribe lo siguiente:

"Artículo 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

¹² Así, por ejemplo, ha dicho esta Sección -auto del 8 de febrero de 2001, expediente 16.661- que:

"Es necesario aclarar que si bien es cierto los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por el derecho privado (art. 31 ley 142 y arts. 8 y 76 ley 143 de 1994), no es el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato. "..."

"4.1.3. 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.

Bajo este mismo lineamiento resulta pertinente establecer que el acto de adjudicación de una licitación, expedido por un ente estatal, es la expresión de su voluntad, en ejercicio de funciones públicas, lo cual determina su naturaleza de acto administrativo, que no depende del régimen jurídico que le impone la ley en el actuar de la Administración Pública -régimen que puede ser de derecho público o de derecho privado-, sino que deviene de la naturaleza jurídica de la entidad de la cual emana y de la función que cumple al expedirlo.

Y si se consulta el concepto de acto administrativo que ha sido definido por la doctrina como *“toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos del Estado o simples particulares, tendiente a la producción de efectos jurídicos”*¹³, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, se confirma que las decisiones adoptadas por entes estatales, en ejercicio de funciones públicas, y generadoras de efectos jurídicos indudablemente constituyen actos administrativos.

Al respecto la Sala ya se había pronunciado, a propósito de la legalidad del acto de adjudicación de un contrato de un ente universitario autónomo, en los siguientes términos *“No puede dejarse de lado el hecho de que, a pesar de tratarse de contratos estatales especiales sujetos a la normatividad del derecho privado, son celebrados por entidades estatales **que al ejercer funciones administrativas se pronuncian y deciden a través de actos administrativos, cuyo juzgamiento es de exclusiva competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.**”*¹⁴

Como consecuencia del anterior planteamiento, es procedente demandar ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad y restableciendo del derecho, la legalidad del acto de adjudicación que aquí se cuestiona.

2. El caso concreto.

“2º Contratos estatales especiales.”

“En el presente caso, por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (art. 82 c.c.a), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden.”

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando; Tratado de Derecho Administrativo – T. II., Universidad Externado de Colombia. 4ª ed., 2003, Pg. 131.

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia de 20 de abril de 2005, Exp. 14519, M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

Definida la competencia para conocer de este recurso y sobre todo de este proceso, la prosperidad de las pretensiones está condicionada, de una parte, a que el actor demuestre que la oferta seleccionada no fue la mejor y, de otra, que la suya sí lo fue, así en los términos del artículo 860 del Código de Comercio la adjudicación debe hacerse al : “(...) *mejor postor*(...)” de acuerdo con las condiciones y reglas fijadas por la respectiva entidad en el pliego de condiciones, sin olvidar, claro está, que la selección debe efectuarse en términos de conveniencia, equidad e igualdad de los aspirantes, más aún cuando están de por medio recursos públicos.

Sobre el particular, la Sala ha sostenido que *“Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta adquiere, si quiere sacar adelante sus pretensiones, doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la Administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la Administración.”*¹⁵

Este aspecto será materia de análisis por parte de Sala, pero adicionalmente, deberá definir lo relacionado con la aplicación e interpretación de la citada letra G) del Pliego de Condiciones de la licitación, que hizo la Universidad demandada al momento de evaluar las propuestas que fueron presentadas, previo a lo cual se hará la relación de los hechos probados que resultan relevantes para la decisión.

2.1. Lo probado en el proceso.

Al expediente se allegaron las pruebas que demuestran lo siguiente:

- El día 4 de agosto de 1994, mediante la resolución No. 02273, la Universidad Tecnológica de Pereira dispuso la realización de una licitación pública, con el fin de contratar la construcción de la estructura y acabados, etapa I, accesos y laboratorios del edificio para la sede de la Facultad de Ciencias Ambientales. (FL. 118 c. ppal)

¹⁵ Sentencia del 19 de septiembre de 1994. Exp. 8.071. Actor: Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza González.

- En el pliego de condiciones de la licitación referida, en relación con la evaluación de las propuestas, eje central del litigio, se reguló lo siguiente:

“41. MÉTODO DE CÁLCULO PARA EVALUACIÓN DE PROPUESTAS:

a. Consideraciones iniciales:

1) *No se aceptará ningún tipo de enmendaduras que no venga claramente refrendada con la firma del proponente. Igualmente si esto ocurre la oferta no se considerará para el análisis siguiente.*

2) *Los proponentes deberán trasladar los precios unitarios al cuadro de la propuesta sin centavos.*

Se entiende por precio unitario el valor total de un ítem, es decir, incluye materiales con IVA y Retención en la Fuente menos descuentos, mano de obra con prestaciones sociales, herramienta, equipo y análisis de A. I. U.

El Comité evaluador examinará las observaciones hechas a la propuesta y hará una evaluación fundamentada de las propuestas que se deban eliminar, procediendo enseguida al estudio de las demás y se escogerán las que se consideren más aceptables, mediante el proceso que se indica en los artículos siguientes:

A. Se retirarán provisionalmente las propuestas cuyo monto global se separe en un 15% o más, por encima o por debajo del presupuesto oficial.

B. Se suman los valores totales de las propuestas restantes y se les agregará el valor del presupuesto oficial, multiplicado por la raíz cuadrada de n, siendo n el número de propuestas restantes y aproximando la raíz cuadrada de n por exceso al número entero siguiente. El total se dividirá por el número de propuestas consideradas, más la raíz cuadrada del número de las mismas. El cociente así obtenido será el "PRESUPUESTO DE PRIMERA APROXIMACIÓN" (Pp).

La fórmula correspondiente será entonces:

$$Pp = \frac{\sum P + (Vn \times Pof)}{n + Vn}$$

C. Determinación del Presupuesto Básico (Pb).

D. Se retirarán provisionalmente aquellas propuestas cuyo monto global se separe en un 10% o más, por encima o por debajo, del presupuesto de primera aproximación y se reincorporarán las que habiendo sido retiradas en la primera selección se aparte ahora en menos de un 10% de este presupuesto.

E. Se suman los valores totales de las propuestas a considerar y se agregarán por una vez tanto el presupuesto oficial, como el presupuesto de primera aproximación.

Este total se divide por el número de propuestas consideradas más dos, y el cociente así obtenido será considerado como PRESUPUESTO BASICO (Pb).

La fórmula correspondiente será entonces:

$$Pb = \frac{\sum P + Pof + pp}{n + 2}$$

F. Las propuestas que se encuentren por encima o por debajo del presupuesto básico en más de un 5% se descartarán definitivamente.

G. Dentro de las propuestas que queden en el rango del presupuesto básico después de aplicar lo dispuesto en el numeral 4, se elegirá la que más se aproxime al promedio por debajo.

b. OBSERVACIONES:

“...”

3. El A. I. U que asume normalmente la Universidad Tecnológica de Pereira es de VEINTE POR CIENTO (20%), sin embargo, si este porcentaje variase se advertirá para cada caso específico, y no es el que necesariamente el contratista pueda asumir. (...)” (Fls. 19 a 21 cd. 2)
- El día 26 de agosto de 1994, la Universidad Tecnológica de Pereira expidió la adenda No. 1, a la licitación UTP-OC-004-94, mediante la cual modificó algunos ítems del pliego, entre ellos la letra G) del numeral 41 del Pliego de Condiciones, cuyo texto quedó así: “Dentro de las propuestas que quedan en el rango del presupuesto básico, después de aplicar lo dispuesto en el Numeral 4 debe leerse LITERAL F”. (fls. 70 cd. 19)
- El día 9 de septiembre de 1994, el Gerente del Proyecto de Ciencias Ambientales presentó el informe de evaluación de las propuestas en el que consta lo siguiente:

“Una vez realizada la revisión de las quince (15) propuestas presentadas para la licitación en referencia, se hizo la evaluación:

1. Se efectuó la revisión de la documentación exigida en los pliegos de condiciones encontrando correctas todas las exigencias solicitadas en las 15 propuestas presentadas.

2. Las propuestas 1-2-4-5-6-7-8-10-12-13-14 de acuerdo con el orden de apertura consignado en el acta respectiva, no presentaron

errores aritméticos y diligenciaron debidamente los análisis de precios unitarios y el cuadro de propuesta.

3. La propuesta No. 3 presenta un error aritmético de \$1'346.318.80 por la suma errada en el capítulo de Aparatos Sanitarios.

4. La propuesta No. 11 presenta un error aritmético de \$1.08.

5. La propuesta No. 9, del CONSORCIO ZAPATA-PRADA no tiene errores aritméticos, pero no presentó análisis de precios unitario de los ITEMS; 6-4 DINTEL EN CONCRETO; 6-5 ALFAJIA EN CONCRETO.

6. La propuesta No. 15 del INGENIERO JAIRO ANTONIO OSSA LÓPEZ presenta un error aritmético de \$58.133,60. Dejó de presentar el análisis real del ítem 17-42 PUNTO DE TRANSFORMACIÓN 75 KVA.

7. Por lo tanto los valores corregidos de las propuestas No. 3 y No. 11 son los siguientes:

PROPUESTA No. 3 CONSORCIO GERMÁN GUTIÉRREZ CONSTRUCCIONES LTDA. \$271'742.969.00.

PROPUESTA No. 11 CONSORCIO CIRO MEDINA - HERNÁN BUITRAGO \$284'999.270.00.

8. Las propuestas No. 9 del CONSORCIO ZAPATA - PRADA y No. 15 del INGENIERO JAIRO ANTONIO OSSA LÓPEZ quedan inhabilitadas de acuerdo con lo previsto en el Capítulo 25 Numeral G del PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN.

9. Las trece (13) propuestas restantes son hábiles para ser sometidas a la evaluación mediante la fórmula aritmética consignada en los pliegos.

10. Luego de la anterior evaluación la propuesta más próxima por debajo del Presupuesto básico es la del CONSORCIO RIVERA - ALZATE, con un valor de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$267.789.034), siendo el presupuesto básico DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$268.385.876.,

11. La segunda propuesta más próxima por debajo del presupuesto básico es la del CONSORCIO CUATRO LTDA con un valor de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$267.476.701)(Fls. 73 a 74, cd. 19).

ADJUDICACIÓN SEGÚN FORMULA

LICITACION UTP-OC-004 DE 1994 SEPTIEMBRE 9 DE 1994

Número de Proponente

13

		Rango Inf	Rango Sup	Rango
Presupuesto oficial	271.057.5 34	230.398.9 04	311.716.1 64	15.00%
Presupuesto Aproximación	268.831.1 52	241.948.0 37	295.714.2 67	10.00%
Presupuesto básico	268.385.8 76	254.966.5 82	281.805.1 69	5.00%

	PROPONENTE	VALOR	- 15%>Pof >1	- 10%>Pp> 10	- 5%>Pb> 5	% Prop- Pb
1	CONSORCIO BOTERO - VILLEGAS	267.462.2 06	267.462.2 06	267.462.2 06	267.462. 206	(923.67 0)
2	CONSORCIO ARISTA -LOPEZ HNOS	261.009.0 22	261.009.0 22	261.009.0 22	261.009. 022	(7.376.8 54)
3	CONSORCIO GUTIERREZ - CONSTRUCCIONES	271.742.9 69	271.742.9 69	271.742.9 69	271.742. 969	3.357.09 3
4	CONSORCIO POTES - MAZUERA	259.850.9 22	259.850.9 22	259.850.9 22	259.850. 922	(8.534.9 54)
5	CONSORCIO RIVERA - ALZATE ¹⁶	267.789.0 34	267.789.0 34	267.789.0 34	267.789. 034	(596.84 2)
6	CONSORCIO DELGADO DELGADO VELEZ ¹⁷	262.714.1 96	262.714.1 96	262.714.1 96	262.714. 196	(5.671.6 80)
7	CONSORCIO GIRALDO VALENCIA	253.732.2 16	253.732.2 16	253.732.2 16	0	0
8	CONSORCIO GIRALDO MORALES	261.973.2 14	261.973.2 14	261.973.2 14	261.973. 214	(6.407.6 62)
10	CUATRO LTDA. ¹⁸	267.476.7 01	267.476.7 01	267.476.7 01	267.476. 701	(909.17 5)
11	CONSORCIO MEDINA BUITRAGO	284.999.2 70	284.999.2 70	284.999.2 70	0	0
1	CONSORCIO	275.362.4	275.362.4	275.362.4	275.362.	6.976.54

¹⁶ Esta fue la propuesta seleccionada por ser la más próxima por debajo del presupuesto básico.

¹⁷ Esta es la propuesta del CONSORCIO demandante.

¹⁸ Esta es la segunda propuesta más próxima por debajo del presupuesto básico.

2	IDARRAGA SÁNCHEZ	24	24	24	424	8
1 3	CONSORCIO JURADO QUINTERO	262.003.2 56	262.003.2 56	262.003.2 56	262.003. 256	(6.382.6 19)
1 4	CONSORCIO ANGEL VILLEGAS	289.779.0 17	289.779.0 17	289.779.0 17	0	0

Número de proponentes I aprox. 13 268.831.152
 Número de proponentes II aprox 13 268.385.876
 (Fl. 77 cd. 19)

- El día 9 de septiembre de 1994, el Comité de la Facultad de Ciencias Ambientales acogió, en todas sus partes, el informe de evaluación de las propuestas. Ese mismo día el Coordinador del Proyecto, mediante oficio No. 8000 05957, dirigido al Rector de la Universidad, remitió el acta de evaluación y recomendó la adjudicación del contrato al Consorcio RIVERA-ALZATE (Fls. 125 y 126 cd. ppal.)
- El 13 de septiembre de 1994 el Consorcio Delgado & Delgado - Vélez manifestó al Gerente del Proyecto su inconformidad con la evaluación, por la falta de aplicación de la fórmula contenida en la letra G); afirmó que:

“Nuestra inconformidad radica en que no se le dio cumplimiento a la fórmula de adjudicación, al quedar pendiente por ejecutar el LITERAL G), literal éste que cambia radicalmente el promedio que arrojó el estudio que reposa en la Secretaría de la Universidad Tecnológica.

El resultado que arroja después de ejecutar dicho literal, rebaja el promedio con el que se debe adjudicar, quedando nuestra propuesta como la más cercana al promedio por debajo” (Fl. 132 cd. ppal.)

- Mediante resolución No. 02523 de 15 de septiembre de 1994, el Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira, prorrogó el plazo para adjudicar el contrato, por el término de 2 días, con el fin de hacer los estudios necesarios para atender la reclamación presentada por el consorcio Delgado & Delgado - Vélez. (Fl. 135, cd. ppal.)
- Con el fin de resolver la observación presentada, el Secretario General de la Universidad Tecnológica de Pereira, rindió concepto el 19 de septiembre de 1994 en los siguientes términos:

“5.1. La expresión ‘promedio’ del LITERAL G) del numeral 41 de los pliegos de condiciones en la licitación pública UTP-OC-04-94 parece referirse al ‘presupuesto básico’ como quiera que este es el ‘promedio’ inmediatamente anterior al paso de que trata el citado literal.

5.2. La operación a que se refiere el LITERAL G) en su conjunto es la resultante de tomar todas las propuestas que quedaron dentro del presupuesto básico y utilizar este mismo como referente único para seleccionar la más próxima por debajo” (fls. 146 a 147, cd. ppal.)

- El 19 de septiembre de 1994 el Comité de la Facultad de Ciencias Ambientales ratificó el informe de evaluación de las propuestas, presentado el 9 de septiembre, y recomendó, a la Rectoría, adjudicar el contrato al Consorcio Rivera-Alzate (FL. 142, cd. Ppal). En la misma fecha, mediante memorando No. 100748, comunicó a la Rectoría su decisión. (Fl. 141 cd. ppal.)
- A continuación, el Rector de la Universidad expidió la Resolución No. 02532 del 19 de septiembre de 1994, mediante la cual resolvió adjudicar el contrato de obra civil, por la suma de \$267'789.034, al Consorcio Rivera-Alzate. (Fl. 137 a 138, cd. ppal.); acto administrativo que fue notificado personalmente al Consorcio Rivera-Alzate el día 22 de septiembre de 1994. (Fl. 139 c. ppal.)
- El 23 de septiembre de 1994, por oficio No. 059318, se comunicó al Consorcio DELGADO & DELGADO - VÉLEZ lo siguiente: *“se adjudicó la licitación pública UTP OC 004 1994 al Consorcio Rivera-Alzate mediante resolución No. 02532, del septiembre 19 de 1994”*. (FL. 139; cd. ppal.)
- El 19 de enero de 1995 el Consorcio Delgado & Delgado - Vélez certificó, sin indicar a quien iba destinada la certificación, que el valor de su propuesta fue de \$262'714.196,40; que calcularon para desarrollar ese contrato un AIU del 20%, esto es \$43'785.699,40 y que este valor está discriminado así: \$15'324.994,80 (35%) por Administración, \$6'567.854 por imprevistos y \$21'892.849,70 (50%) por utilidades (Fl. 46, cd. Ppal). En dicho documento afirmó que *“El otro aspecto importante que colmaba nuestras expectativas era el alquiler que por el uso del equipo en el desarrollo de la construcción, podíamos haber obtenido, valores estos que se encontraban incluidos en los*

diferentes análisis unitarios de cada una de las actividades” (Fls. 46 y 47 cd. ppal.)

Los anteriores hechos debidamente probados dan cuenta de la disparidad de criterios que se suscitó durante el proceso de selección del contratista, en relación con la interpretación de la letra G), del pliego de condiciones. Este mismo hecho constituye el fundamento del recurso de apelación, en cuanto que el *a quo* consideró que la Universidad aplicó incorrectamente la fórmula de evaluación y le otorgó la razón al actor, condenando, en consecuencia, al ente universitario al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios.

2.2. Sobre el contenido, obligatoriedad e interpretación del pliego de condiciones de un Ente Autónomo Universitario.-

La Universidad Tecnológica de Pereira consideró que la aplicación del contenido de las letras F) y G) del pliego de condiciones en la licitación UTP-OC-004-94 imponía la selección de la propuesta cuyo valor fuere el más aproximado, por lo bajo, al presupuesto básico establecido en \$268'385.876 (Fl. 319 cd. ppal.) y con fundamento en esta consideración seleccionó la propuesta del Consorcio Rivera-Alzate, por valor de \$267'789.034.

Por su parte, el demandante alegó que su oferta debió ser escogida, porque contenía el valor más bajo, dentro de las que quedaron como hábiles, después de la aplicación de las fórmulas dispuestas en el pliego; en su criterio, el valor de referencia no era el “presupuesto básico”, sino el valor resultante de sumar los valores de las 13 propuestas habilitadas y luego dividirlo por el número de ellas.

Precisa la Sala, en primer término, que la Universidad Tecnológica de Pereira estaba obligada a respetar su propio acto, en este caso el pliego de condiciones que reglamentaba la licitación pública No. UTP-OC-004-94 y ello independientemente de que el proceso de contratación se rigiera por el derecho privado, no obstante que en algunos aspectos de la licitación, el pliego de condiciones remitió a la Ley 80 de 1993. Para la Sala es indiscutible que, a pesar de que la entidad estatal no estuviera sometida al régimen de la Ley 80 de 1993, sus actos precontractuales **-actos propios-** la vinculaban, de manera que debía cumplirlos, so pena de comprometer su responsabilidad. En tal sentido el artículo 860 del C. de Co., preceptúa:

“Art. 860. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor se desecharán las demás.”

En este orden de ideas, el “pliego de condiciones”, en un proceso de selección de contratista adelantado por una entidad pública no sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vincula en los estrictos y precisos términos en él contenidos de manera que la entidad debe actuar en consonancia con los criterios de evaluación y la correspondiente forma de aplicarlos, pues de otro modo no se cumplirían ni garantizarían los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior, en virtud de los cuales la administración debe actuar observando la igualdad, la moralidad y la transparencia, valores constitucionales que se verían transgredidos si se admitiera que la entidad pública pudiera desconocer las reglas previstas para la escogencia de un contratista.

Según lo explicado en el procedimiento de selección adelantado por la Universidad Tecnológica de Pereira y de conformidad con los documentos aportados al plenario, se encuentra respecto de los criterios de evaluación previstos en las letras A, B, C, D, E y F del capítulo 41 del pliego de condiciones, lo siguiente:

- A. Se retiran provisionalmente las propuestas cuyo monto global se separe en un 15% o más, por encima o por debajo del presupuesto oficial.
- B. Se suman los totales de las propuestas restantes y se les agrega el valor del presupuesto oficial multiplicado por la raíz cuadrada de “n”, siendo “n” el número de propuestas restantes y aproximando la raíz cuadrada de “n” por exceso al número entero siguiente. El total se divide por el número de propuestas consideradas, más la raíz cuadrada del número de las mismas. El cociente así obtenido será el PRESUPUESTO DE PRIMERA APROXIMACIÓN (Pp´). La fórmula correspondiente será entonces:

$$Pp = \frac{\sum p + \sqrt{nxPof}}{n + \sqrt{n}}$$

$$Pp = \frac{3.485'899.447 + (\sqrt{13} \times 271.057.534)}{13 + \sqrt{13}}$$

$$Pp = \frac{3.485'899.447 + (4 \times 271.057.534)}{13 + 4}$$

$$Pp = \frac{3.485.899.447 + 1.084.230.136}{17}$$

$$Pp = \frac{4.570.129.583}{17}$$

$$Pp = 268'831.152$$

C. Determinación del presupuesto básico (Pb)

D. Se retiran provisionalmente aquellas propuestas cuyo monto global se separan en un 10% o más por encima o por debajo del presupuesto de primera aproximación y se reincorporan las que habiendo sido retiradas en la primera selección se aparten ahora en menos del 10% de este presupuesto". Así tenemos:

$$10\% \text{ por encima } 295.714.267$$

$$10\% \text{ por debajo } 241.948.037$$

E. Se suman los valores totales de las propuestas a considerar y se agregan por una vez tanto el presupuesto oficial como el presupuesto de primera aproximación; este total se divide en el número de propuestas consideradas más dos y el cuociente así obtenido será considerado como PRESUPUESTO BASICO (Pb). La fórmula correspondiente será entonces:

$$Pb = \frac{SP + Pof + Pp}{N + 2}$$

$$Pb = \frac{3.485'899.447 + 271.057.534 + 268.831.152}{13 + 2}$$

$$Pb = \frac{4.025'788.163}{15}$$

$$\mathbf{Pb= 268.385.876}$$

F. Las propuestas que se encuentren por encima y por debajo del presupuesto básico en más de un 5%, se descartarán definitivamente.

$$5\% \text{ por encima } 281.805.169$$

$$5\% \text{ por debajo } 254.966.582$$

G. Dentro de las propuestas que queden en el rango del presupuesto básico, después de aplicar lo dispuesto en la letra F, se elegirá la que más se aproxime al promedio por debajo.

En consideración a lo anterior, la Universidad Tecnológica de Pereira encontró más favorable la propuesta formulada por el Consorcio RIVERA-ALZATE, cuyo valor fue de \$267'789.034, que se diferenciaba del "presupuesto básico" en \$596.842, y no la del consorcio demandante, que propuso \$262'714.196, porque se distanció del "presupuesto básico" en \$5'671.680.

En este punto radica la diferencia de interpretación entre el demandante y la Universidad demandada. El primero considera que su propuesta fue la más próxima al valor "promedio", que se obtiene de sumar las propuestas que quedaron por debajo del presupuesto básico y luego dividir dicho valor por el número de ellas; mientras que el segundo desdice la aseveración del actor, pues considera que el "promedio" a que se refiere la letra G) no es otro que el resultado de las operaciones descritas en las letras E) y F), "presupuesto básico".

En efecto, de acuerdo con la parte actora, una vez aplicadas las fórmulas previstas en las letras A) a la E), la universidad obtuvo el denominado "*Presupuesto Básico*", luego de lo cual, por aplicación de la letra F), se debían descartar las propuestas que se encontraran por encima o por debajo de dicho presupuesto en un 5%. A continuación, con las propuestas que quedaran dentro del anterior rango, según lo dispuesto por la letra G), "... ***se elegirá la que más se aproxime al promedio por debajo***" (resaltado fuera de texto).

Para la actora el "promedio" a que se refiere dicha norma NO corresponde al denominado - en las letras E) y F) - "Presupuesto Básico", sino al obtenido con la realización de una nueva operación matemática que debía efectuarse entre las ofertas que quedaron en competencia, luego de aplicar el tamiz previsto en la letra F).

En oposición a esta postura, la interpretación alegada por la parte demandada y acogida por el Ministerio Público, indican que: "*la comparación debe efectuarse con relación al PRESUPUESTO BÁSICO, que según se observa en el literal E, es el promedio sacado con la sumatoria de todas las propuestas a considerar, el presupuesto de aproximación y el presupuesto oficial, por lo cual resulta apenas lógico que la comparación última se efectúe con relación a este promedio y no a uno nuevo*".

Aceptar la interpretación planteada por la parte actora implicaría, en el momento de la evaluación de las propuestas, la imposición de una nueva regla consistente en la realización de una operación matemática adicional, que los pliegos no

previeron para la calificación de las ofertas¹⁹. Tal conducta pondría en entredicho los principios de transparencia, buena fe y lealtad que rigen la función administrativa y, por ende, la actividad contractual en todas sus etapas.

Aún en el supuesto de aceptarse que la fórmula de evaluación que se analiza carece de total claridad, sobre el particular, tal y como ha sido resaltado por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado *“No puede...la Administración so pretexto de vacíos y deficiencias en el Pliego de Condiciones cambiar los criterios o fórmulas para evaluar, contenidos en los mismos, después de presentadas las ofertas e inventarse reglas a posteriori, por cuanto, el pliego de condiciones como es sabido es ley del proceso de selección, y si bien éste puede ser interpretado por la administración, no puede ser modificado o adicionado al momento de evaluar”*²⁰, como ocurrió en el presente caso, en el que comité calificador aplicó una fórmula de asignación de puntaje que éste no establecía.”²¹(No lo subraya el texto)

En este contexto, se tiene que al regirse el proceso de selección por los principios de autonomía de la voluntad y buena fe, según lo prevé el artículo 863 del Código de Comercio²² y que no reposa en el expediente prueba capaz de desvirtuar el correcto proceder de la entidad contratante, la Sala no encuentra razones que le permitan afirmar con pleno convencimiento que en efecto la Universidad Tecnológica de Pereira desconoció los deberes de lealtad y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos desviándose del “Método de Evaluación” por ella establecido, en perjuicio del consorcio demandante y que, por lo tanto, el acto de adjudicación fue expedido ilegalmente.

De otra parte, el consorcio demandante no logró probar que la propuesta del adjudicatario no era la mejor y que en cambio la suya sí era la más conveniente para los intereses de la Entidad pública, dado que alegó haber ofrecido un mejor precio respecto del promedio que él calcula. El precio es uno de los factores a considerar en la selección de la oferta, pero no es el único y mucho menos el determinante y en este orden aunque la propuesta ganadora se distanciaba del presupuesto básico por lo bajo en \$596.842, mientras que la del consorcio

¹⁹ En sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 13416, la Sala puntualizó: “Conviene igualmente advertir que, so pretexto de interpretar el pliego, no resulta procedente alterar o inaplicar sus condiciones, porque con ello se violarían los principios que rigen la selección del contratista”.

²⁰ Nota original. Lo que se ha denominado como “inalterabilidad o intangibilidad de los pliegos de condiciones”, como garantía del debido proceso contractual en los procesos de selección pública, luego de haber surtido las etapas que permiten sus modificaciones por parte de la Administración.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de abril de 2006, Exp. 16041, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

²² Artículo 863 del C.Co. “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”

demandante se alejaba por debajo del presupuesto básico en \$5'671.680, es decir, que era de más bajo precio, las reglas contenidas en el pliego de condiciones eran claras y de imperativo cumplimiento, e imponían concluir que la propuesta presentada por el consorcio Rivera-Alzate era la más favorable para la Administración, según la reglas contenidas en el pliego de condiciones, aunque no la de menor precio y por esta razón procedió a adjudicarle el contrato.

Al respecto la Sala, en sentencia de 19 de junio de 1996 sostuvo lo siguiente: *“Es cierto que el valor de la oferta es en principio, factor de preferencia para la adjudicación del contrato; pero de ahí a considerar con carácter absoluto, que la propuesta más baja debe en todos los casos resultar beneficiada con la adjudicación, es tanto como volver la espalda ante el riesgo que implica, para el interés público, no atender los demás principios que informan la licitación...”*²³

Estos lineamientos determinan que no siempre la entidad está obligada a adjudicar la licitación a la propuesta que ofrezca el precio más bajo sino a aquella que de conformidad con las reglas contenidas en el pliego, cuyo cumplimiento es imperativo, resulte, en su conjunto, ser la más favorable para los intereses de la Administración.

En consecuencia, dado que el acto demandado se circunscribe a la Resolución 02532 del 19 de septiembre de 1994 y que la carga probatoria desplegada por el demandante en los términos del artículo 177 del C. de P. C., fue insuficiente para demostrar el cargo de ilegalidad alegado, la Sala encuentra que éste no está llamado a prosperar y, en consecuencia, revocará la Sentencia proferida por el Tribunal en tal sentido.

2.3. El llamamiento en garantía realizado al ingeniero Martín Sánchez Palma.

La Universidad Tecnológica de Pereira calificó de incongruente el fallo apelado, al no haber decidido lo atinente al llamado en garantía.

La Sala advierte, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 305 del C. de P.C., que ello no es cierto porque el numeral 5 de la parte resolutive desestimó esa petición en forma expresa²⁴. Es de anotar que en la parte motiva del fallo el Tribunal explicó razonadamente su criterio para adoptar tal determinación, referido a la ausencia de prueba de la culpa grave o dolo a cargo del llamado en garantía, el cual comparte la Sala y por eso lo reitera.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 1996, Exp. 9868, M. P. Jesús María Carillo

²⁴ Dice expresamente el punto 4 de la parte resolutive de la sentencia que “No se acepta lo solicitado por la Universidad Tecnológica de Pereira respecto del llamado en garantía Martín Sánchez Palma.”

En efecto, desde la contestación de la demanda la Universidad Tecnológica de Pereira explicó que: *i)* expidió la Resolución 2053, el 14 de julio de 1994, conformando un grupo coordinador para que asumiera y se responsabilizara de la marcha del proyecto de construcción objeto de la licitación, en esta forma: Los Vicerrectores Académico y Administrativo, el Jefe de la Oficina de Planeación, el Decano de la Facultad de Ciencias Ambientales y los doctores Luis Fernando Gaviria Trujillo y Adolfo Antolinez López; *ii)* que el representante legal de la Universidad suscribió el contrato de consultoría No. 310, el 25 de julio de 1994, con el arquitecto Martín Sánchez Palma, para que se desempeñara como gerente del proyecto, siendo una de sus funciones la de “organizar las licitaciones necesarias para la construcción y dotación del proyecto...”, por lo tanto, entraría a ser parte del Grupo Coordinador”(FL 222 cd. ppal.) y *iii)* los pliegos de condiciones debían ser preparados, analizados y elaborados por el contratista y era su obligación confeccionarlos con toda claridad lo cual evitaba a toda costa pasajes oscuros que lesionaran los principios de contratación pública; *iv)* con la resolución antes citada se creó el grupo indicado, que recibió el nombre de Comité Técnico de Obras Civiles.

Fueron las razones anteriores las que sustentaron el llamamiento en garantía del Arquitecto Martín Sánchez Palma y analizadas se observa que no se indicaron conductas reprochables a él, a título de culpa grave o dolo, a más de que el llamante, en sentido contrario de la citación que le hizo al llamado, expresó que “Se desprende de lo anterior que los integrantes (Se refiere al Grupo Coordinador) sí ejercieron las funciones ordenadas en la Resolución y en el contrato de Consultoría”(FL. 222, cd. ppal).

A lo anterior cabe agregar lo sostenido por el *a quo*, referente a que en el proceso no se acreditó que el llamado hubiese incurrido en culpa grave o dolo, requisitos exigidos en el artículo 90 de la Carta Política para que proceda la repetición, a más que, desde otro punto de vista, se demostró que fue el Rector de la Universidad quien adjudicó el contrato, luego de aceptar la recomendación del Comité que para ello designó, previo concepto jurídico de la Secretaría General de la Institución. También señaló el Tribunal que se encontraba acreditado²⁵ que fueron funcionarios de la misma Universidad los encargados de realizar la aplicación sistematizada del desarrollo de la operación matemática de la fórmula plasmada en los pliegos de condiciones de la licitación No. UTP - OC-004-94 (FL. 482, cd. ppal)

²⁵ En certificación expedida por el Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira se lee “Que los funcionarios encargados de realizar la aplicación y sistematizada del desarrollo de la operación matemática de la fórmula plasmada en los pliegos de condiciones de la Licitación UTP-OC-004-94 fueron: Jesús Adolfo Antolinez López... Arquitecto contratista; Emilio Pacheco Hommes... empleado de planta. Lo anterior en presencia del Arquitecto Martín Sánchez Palma, Gerente del Proyecto” (FL. 265, cd. ppal)

2.4. Impugnación del litisconsorcio.

Para la Sala no es aceptable el reproche de incongruencia que se endilga a la Sentencia, tanto por parte de la Universidad demandada como por el propio litisconsorcio (citado de oficio por el *a quo*), en el sentido de que no se hizo declaración alguna respecto de su situación jurídica.

Por el contrario, el juzgador de instancia no omitió pronunciarse sobre ninguno de los extremos de la *litis*, lo hizo tanto sobre las pretensiones y las excepciones procesales como sobre los deberes oficiosos, porque el litisconsorte no se citó ni como demandante ni como demandado, sino sólo como lo ordena el artículo 207, inc. 3 del C.C.A., que exige que en los juicios en que se debate la legalidad de los actos administrativos debe notificarse el auto admisorio de la demanda a la persona o personas que tengan interés directo en el resultado del proceso.

En efecto, en el auto admisorio de la demanda se ordenó notificar personalmente al consorcio adjudicatario, diligencia que se cumplió el 20 de septiembre de 1995, (fl. 153, cd. 1) y de esta manera se integró el contradictorio. El consorcio actuó en distintas oportunidades procesales así: dio contestación a la demanda, presentó alegatos de conclusión en la primera instancia y apeló la sentencia de primera instancia, con lo cual se le garantizó el derecho de defensa.

Además, no puede perderse de vista que, de una parte, la Sentencia produce efectos *erga omnes* (art. 175 del C.C.A.) y de otra, la condena a indemnizar produce efectos *inter partes* -demandante y demandado- y no afecta la situación del *litisconsorte* adjudicatario del contrato.

2.5. Costas.-

No se condenará en costas, toda vez que el artículo 55 de la ley 446 de 1998 que modificó el artículo 171 del C.C.A., exige, como supuesto de hecho para su imposición, que alguna de las partes haya actuado con temeridad, situación que no se presentó en este caso.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCÁNSE los numerales 1º y 2º de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 18 de julio de 1997, por medio de la cual se declaró la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 2532, del 19 de septiembre de 1994, expedida por el Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira y se condenó a dicha Institución al pago de los perjuicios. En su lugar se dispone:

DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARÁSE no probada la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial rendido el 23 de octubre de 1996.

TECERO: Sin condena en costas en la segunda instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, remítase al expediente al Tribunal Administrativo de origen para el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Aclaró voto

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO

CONTRATO ESTATAL - Definición

La definición de contrato estatal está dada por el mismo Estatuto de Contratación de la Administración Pública, como todo acto jurídico generador de obligaciones que se celebre por una de las entidades a que se refiere ese estatuto, definición que permite concluir, contrario mensú, que los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por otras entidades estatales, diferentes a aquellas a que se refiere el estatuto en el artículo 2º, no están comprendidos dentro de su ámbito de regulación y mal puede aplicárseles alguna de sus normas, comenzando por la definición de contrato estatal allí contenida. Es decir, en los términos establecidos por el legislador, contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 ibídem, son celebrados de una parte, por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, y no están comprendidas allí, aquellas que en virtud de norma con fuerza de ley han sido expresamente excluidas de su aplicación. Ello por cuanto la definición de contrato estatal se estructura sobre la noción de que el negocio jurídico sea celebrado por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto de contratación de la administración pública, y no sobre la premisa de que sea celebrado por cualquier entidad estatal, es decir que las entidades estatales que no están cobijadas por ese estatuto no celebran contratos estatales.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Conocimiento de controversias y litigios que se originen en la actividad de entidades públicas

En el caso que se define respaldo la decisión, porque estimo, igualmente, que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de este asunto, en consideración a que la aplicación de la ley 1107 de 2006, permite concluir que a partir de su vigencia será competencia de esta jurisdicción, el conocimiento de las controversias y litigios que se originen en la actividad de las entidades, con independencia del régimen de derecho que la cobije con la única condición, en materia contractual, de que la contratante sea una entidad estatal, naturaleza de la que goza la Universidad Tecnológica de Pereira. Así las cosas, la razón por la cual esta jurisdicción es hoy competente para decidir este asunto, no es porque verse sobre un contrato estatal, sino en virtud de que una de las partes del contrato es una entidad estatal, situación que desde cuando cobró vigencia la Ley 446 de 1998 en sus artículos 132-5 134 B - 5, conforme a lo dispuesto en la Ley 954 de 2005, radicó en esta jurisdicción la competencia para conocer de estos asuntos. La aplicación inmediata de esta norma de carácter procesal, aun a los procesos en curso, permite entender sin mayor a dificultad, la competencia de esta jurisdicción para la decisión de este asunto, pero se insiste, en virtud de la disposición de carácter procesal y no por la naturaleza del contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-31-000-1995-04169-01(14169)

Actor: CONSORCIO DELGADO Y DELGADO VELEZ

Demandado: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PEREIRA

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO

Aunque comparto la decisión que se adopta en la Sentencia de 4 de junio de 2008, en cuanto revocó los numerales 1° y 2° de la sentencia apelada proferida el 18 de julio de 1997 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que declaró la nulidad del artículo 1° de la resolución No. 2532 de 19 de septiembre de 1994 expedida por el rector de la Universidad Tecnológica de Pereira y en su lugar se denegaron las pretensiones de la demanda, me permito aclarar voto en relación con algunas de las consideraciones expresadas en la parte motiva del fallo, porque entiendo que contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, opinión que fundamento en las siguientes razones:

1. El acto pre-contractual que dio lugar a la controversia decidida mediante la sentencia recurrida, esto es, la resolución No. 2532 de 1994 por medio del cual la entidad demandada adjudicó un contrato, fue proferido por una universidad pública, entidad que no fue cobijada por el estatuto de contratación de la administración pública, en tanto goza de un régimen contractual especial de conformidad con el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 -norma vigente para la fecha de la adjudicación de la licitación-, según el cual los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales para el cumplimiento de sus funciones, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales.

2. Por otra parte la definición de contrato estatal está dada por el mismo Estatuto de Contratación de la Administración Pública, como todo acto jurídico generador de obligaciones que se celebre por una de las entidades a que se refiere ese

estatuto²⁶, definición que permite concluir, *contrario sensu*, que los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por otras entidades estatales, diferentes a aquellas a que se refiere el estatuto en el artículo 2º, no están comprendidos dentro de su ámbito de regulación y mal puede aplicárseles alguna de sus normas, comenzando por la definición de contrato estatal allí contenida.

Es decir, en los términos establecidos por el legislador, contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 *ibídem*, son celebrados de una parte, por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, y no están comprendidas allí, aquellas que en virtud de norma con fuerza de ley han sido expresamente excluidas de su aplicación.

Ello por cuanto la definición de contrato estatal se estructura sobre la noción de que el negocio jurídico sea celebrado por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto de contratación de la administración pública, y no sobre la premisa de que sea celebrado por cualquier entidad estatal, es decir que las entidades estatales que no están cobijadas por ese estatuto no celebran contratos estatales.

3. El contrato fuente de esta demanda no es estatal, por que no fue celebrado por una de las entidades a que se refiere el estatuto de contratación estatal.

4. En el caso que se define respaldo la decisión, porque estimo, igualmente, que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer de este asunto, en consideración a que la aplicación de la ley 1107 de 2006, permite concluir que a partir de su vigencia será competencia de esta jurisdicción, el conocimiento de las controversias y litigios que se originen en la actividad de las entidades, con independencia del régimen de derecho que la cobije con la única condición, en materia contractual, de que la contratante sea una entidad estatal, naturaleza de la que goza la Universidad Tecnológica de Pereira.

Así las cosas, la razón por la cual esta jurisdicción es hoy competente para decidir este asunto, no es porque verse sobre un contrato estatal, sino en virtud de que

²⁶ Cabe insistir en el argumento de que cuando el artículo 32 de la ley 80 de 1993 define el contrato estatal, no lo hace involucrando en esa definición a todas las entidades estatales, sino solo a aquellas a que se refiere ese estatuto, y cuando hace las definiciones entre las cuales está la de entidad estatal, enfatiza en el hecho de que la definición es para los solos efectos de ese estatuto (artículo 2 ley 80 de 1993).

una de las partes del contrato es una entidad estatal, situación que desde cuando cobró vigencia la Ley 446 de 1998 en sus artículos 132-5 134 B - 5, conforme a lo dispuesto en la Ley 954 de 2005, radicó en esta jurisdicción la competencia para conocer de estos asuntos.

La aplicación inmediata de esta norma de carácter procesal, aun a los procesos en curso, permite entender sin mayor dificultad, la competencia de esta jurisdicción para la decisión de este asunto, pero se insiste, en virtud de la disposición de carácter procesal y no por la naturaleza del contrato.

En este sentido dejo presentado mi aclaración de voto.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

SALVAMENTO DE VOTO DOCTOR MAURICIO FAJARDO GOMEZ

UNIVERSIDADES ESTATALES - Régimen aplicable a la actividad contractual. Ley 80 de 1993 / LEY 80 DE 1993 - Aplicabilidad en universidades estatales

De la mayor importancia resulta destacar que la autonomía que el artículo 69 de la Constitución Política consagra a favor de los entes universitarios, en mi opinión, en nada se afecta por el hecho de que la ley, a través del estatuto de contratación estatal, determine el régimen aplicable a la actividad contractual de las instituciones universitarias oficiales o estatales, como en nada se afecta la autonomía de los entes universitarios privados por el hecho de que la propia ley también establezca, en los Códigos Civil o de Comercio, reglas de orden contractual que tales entes mismos deberán observar y respetar. Así pues, resulta evidente que la propia Constitución Política supeditó los alcances de la autonomía universitaria a los dictados que sobre la materia estableciere o adoptare la ley, por manera que si la Ley 80 determinó que sus disposiciones serían aplicables a los contratos de las entidades estatales, definición dentro de la cual naturalmente caben las instituciones oficiales o estatales de carácter superior, mal podía concluirse entonces que era esa ley la que debía quedar subordinada a una autonomía universitaria que así mal entendida resultaría ilimitada, con posibilidades de transgredir los límites que le estableciere la ley, puesto que de esa manera resultan totalmente invertidos los mandatos del Constituyente. Añádase a lo anterior que en la regulación de la actividad contractual no se encuentra inmersa y, por ende, mucho menos puede estar en peligro, la autonomía universitaria. No hace falta esfuerzo intelectual alguno para advertir que la autonomía universitaria no se finca en la regulación legal de la actividad contractual de las universidades del Estado, sino que encuentra soporte y despliega sus efectos en aspectos de mayor y muy diversa entidad, como los que se relacionan con la libertad para decidir sobre sus propios planes, proyectos y programas así como, en especial, en la libertad de cátedra y de investigación, amén de que, mientras la actividad contractual se desarrolle dentro del marco de

la ley, sólo a cada universidad estatal corresponderá, de manera autónoma, definir qué clase de contratos decide celebrar para suplir o satisfacer sus diversas necesidades. La Carta Política no sujetó el régimen de las universidades oficiales a una determinada clase de ley, por manera que se pudiere sostener que sólo mediante leyes orgánicas o leyes estatutarias se podrían adoptar y consiguientemente reformar los asuntos relativos al régimen de las universidades del Estado. Muy por el contrario, la Constitución Política simplemente determinó que el régimen especial para las universidades del Estado debe ser adoptado por ley, de lo cual se desprende que deben ser normas de jerarquía legal las únicas que pueden regular los diversos aspectos que integran ese régimen, independientemente de que el mismo se encuentre contenido en una o en varias disposiciones legales. Así pues, si en desarrollo de dicho mandato constitucional el legislador ha expedido unas determinadas disposiciones que en buena medida recogen el régimen de las universidades del Estado -como es el caso de la Ley 30-, mal puede pensarse o sugerirse siquiera que tales normas no podrían ser modificadas en el futuro, puesto que esa opción siempre la tendrá a la mano el legislador mediante la expedición de otras normas de igual jerarquía; razonar en sentido contrario resultaría violatorio del principio democrático que sirve de inspiración y soporte a la propia Constitución. De esta manera, a mi juicio resulta claro que, en desarrollo de los dictados y previsiones contenidos en el artículo 69 de la Constitución Política y en perfecta armonía con los mismos, la Ley 80 expedida en el año de 1993, en cuanto posterior, válidamente modificó los dictados que en relación con las universidades estatales u oficiales contenía una Ley anterior como lo es la distinguida con el número 30, la cual fue promulgada en el año de 1992.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-31-000-1995-04169-01(14169)

Actor: CONSORCIO DELGADO Y DELGADO VELEZ

Demandado: UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala procedo a exponer las razones por las cuales no pude compartir el fallo expedido dentro del proceso de la referencia.

Tal como lo evidencia la sentencia a la cual se refiere el presente salvamento de voto, en esta oportunidad la mayoría de la Sala apoyó sus consideraciones y decisiones tanto en el texto original del inciso 3º del artículo 57 de la Ley 30

expedida en el año de 1992, como en el artículo 93 de ese mismo cuerpo normativo.

Dichas disposiciones establecieron que las universidades estatales u oficiales estarían sometidas a un régimen de contratación especial y, además, que ese régimen sería el del derecho privado, así:

“Artículo 57.- Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

“

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley.”²⁷ (Resaltado fuera de texto).

“Art. 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.

“PARÁGRAFO. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.” (Resaltado fuera de texto).

No obstante lo anterior, ocurre que con posterioridad a la expedición de dicha Ley 30 y antes de que en el año 2001 se dictara la Ley 647 por la cual se modificó parcialmente aquella, en el año de 1993 se promulgó la Ley 80 “*Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración Pública*”, estatuto éste integrado por múltiples disposiciones cuya mayoría empezó a regir el 1º de enero de 1994, por lo cual resulta claro que las mismas debieron aplicarse al caso en estudio -tal como lo solicitó expresamente el actor en su demanda-, en la medida en que tanto la apertura de la licitación pública No. UTP-OC-004-94, como

²⁷ Este inciso fue luego modificado por el artículo 1 de la ley 647 de 2001, el cual dispone que: “**El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá** la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, **el régimen de contratación** y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley.” (Se deja resaltado).

su adjudicación, son actuaciones que se cumplieron durante el curso del año de 1994, en agosto 4 y en septiembre 19, respectivamente.

Téngase presente que el aludido estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en la Ley 80, no hizo exclusión, salvedad o excepción alguna acerca de la aplicación de sus disposiciones a las universidades de naturaleza estatal u oficial, al paso que en su artículo 1º determinó que esa Ley tenía por objeto regir, de manera general, “... *los contratos de las entidades estatales*” y en el numeral 1º de su artículo 2º definió como “*entidades estatales*”, entre muchas otras instituciones, a “... *los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles*” (letra a), así como a “... *las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos*” (letra b).

De la mayor importancia resulta destacar que la autonomía que el artículo 69 de la Constitución Política consagra a favor de los entes universitarios, en mi opinión, en nada se afecta por el hecho de que la ley, a través del estatuto de contratación estatal, determine el régimen aplicable a la actividad contractual de las instituciones universitarias oficiales o estatales, como en nada se afecta la autonomía de los entes universitarios privados por el hecho de que la propia ley también establezca, en los Códigos Civil o de Comercio, reglas de orden contractual que tales entes mismos deberán observar y respetar.

Téngase presente que la autonomía universitaria que el artículo 69 de la Carta Política consagra como una garantía, faculta a las universidades para “... *darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, ...*”, pero siempre “... **de acuerdo con la ley**”.

Así pues, resulta evidente que la propia Constitución Política supeditó los alcances de la autonomía universitaria a los dictados que sobre la materia estableciere o adoptare la ley, por manera que si la Ley 80 determinó que sus disposiciones serían aplicables a los contratos de las entidades estatales, definición dentro de la cual naturalmente caben las instituciones oficiales o estatales de carácter superior,

mal podía concluirse entonces que era esa ley la que debía quedar subordinada a una autonomía universitaria que así mal entendida resultaría ilimitada, con posibilidades de transgredir los límites que le estableciere la ley, puesto que de esa manera resultan totalmente invertidos los mandatos del Constituyente.

Añádase a lo anterior que en la regulación de la actividad contractual no se encuentra inmersa y, por ende, mucho menos puede estar en peligro, la *autonomía universitaria*. No hace falta esfuerzo intelectual alguno para advertir que la autonomía universitaria no se finca en la regulación legal de la actividad contractual de las universidades del Estado, sino que encuentra soporte y despliega sus efectos en aspectos de mayor y muy diversa entidad, como los que se relacionan con la libertad para decidir sobre sus propios planes, proyectos y programas así como, en especial, en la libertad de cátedra y de investigación, amén de que, mientras la actividad contractual se desarrolle dentro del marco de la ley, sólo a cada universidad estatal corresponderá, de manera autónoma, definir qué clase de contratos decide celebrar para suplir o satisfacer sus diversas necesidades.

Nótese que en cuanto el aludido artículo constitucional 69 determinó que “[l]a ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado”, con ello no se limitó a una sólo y única ley -que por tal razón se tornaría inmutable, como al parecer pretende sostenerse tácitamente respecto de la Ley 30- la regulación de los asuntos y materias propias de esa clase de universidades.

La Carta Política no sujetó el régimen de las universidades oficiales a una determinada clase de ley, por manera que se pudiese sostener que sólo mediante leyes orgánicas o leyes estatutarias se podrían adoptar y consiguientemente reformar los asuntos relativos al régimen de las universidades del Estado.

Muy por el contrario, la Constitución Política simplemente determinó que el régimen especial para las universidades del Estado debe ser adoptado por ley, de lo cual se desprende que deben ser normas de jerarquía legal las únicas que pueden regular los diversos aspectos que integran ese régimen, independientemente de que el mismo se encuentre contenido en una o en varias disposiciones legales.

Así pues, si en desarrollo de dicho mandato constitucional el legislador ha expedido unas determinadas disposiciones que en buena medida recogen el régimen de las universidades del Estado -como es el caso de la Ley 30-, mal puede pensarse o sugerirse siquiera que tales normas no podrían ser modificadas en el futuro, puesto que esa opción siempre la tendrá a la mano el legislador mediante la expedición de otras normas de igual jerarquía; razonar en sentido contrario resultaría violatorio del principio democrático que sirve de inspiración y soporte a la propia Constitución, tal como lo puso de presente la Corte Constitucional al sentenciar que *“Una ley nunca podrá cerrar el paso a la posibilidad de su propia reforma”*²⁸.

Por lo demás, en lo que constituye un análisis de legalidad -que no de constitucionalidad-, hay que agregar que la posibilidad de que una disposición legal sea modificada, de manera total o parcial, por una ley posterior, es asunto que se encuentra suficientemente resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, sin que al efecto importe, en modo alguno, que la norma modificada pueda considerarse especial o general en relación con la correspondiente ley posterior, tal como lo explica con suficiente claridad el profesor José Gabino Pinzón al ocuparse del análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, así:

“... Porque en el artículo 5º de dicha ley [se refiere a la Ley 57 de 1887] se advierte de manera muy clara y determinante que, “Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1ª) la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; 2ª) cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior...”

Lo cual no quiere decir, sin embargo, que la preferencia de la norma especial respecto de la norma general sea absoluta, esto es, que apenas haya de tomarse en cuenta la extensión del precepto legal, prescindiendo de la prelación que corresponda a una u otra, según su orden cronológico de promulgación. Porque el principio ya transcrito de la ley 57 de 1887 fue reformado por la ley 153 del mismo año, en la que se destinan nada menos que cuarenta y ocho artículos -del 1º al 48- a

²⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-541-95 de noviembre 23 de 1995. Magistrado Ponente, doctor Jorge Arango Mejía.

Así lo precisó cuando expulsó del mundo jurídico el parte del artículo 66 de la Ley 179 de 1994, integrante del estatuto orgánico de presupuesto, mediante el cual se había señalado que las normas que sobre materias fiscal o presupuestal se dictaren en el futuro no tendrían efecto alguno mientras no estuvieren expresamente autorizadas por el aludido estatuto orgánico o formaren parte de él.

reformar el citado artículo 5º de la ley 57. De manera que, como se previene en el artículo 1º de la ley 153, “Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo o derecho nuevo”, han de aplicarse “las reglas contenidas en los artículos siguientes”, de los cuales son el 2º y el 3º los pertinentes para el caso de conflicto entre normas generales y normas especiales.

*La primera de estas dos disposiciones es demasiado clara, terminante y general en el sentido de que “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior”, y en la segunda se agrega, con igual claridad, que “Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores...”. **De manera que, conforme a estos preceptos -con los que se reforma, se repite, el artículo 5º de la ley 57 de 1887-, la ley posterior, sea general o especial, prevalece siempre sobre la ley anterior, sea esta general o especial. No es posible, pues, sostener, como se hace con tan desconcertante frecuencia, que una norma especial, por el solo hecho de tener esta cualidad, prevalece sobre una norma general posterior en el tiempo. Es lo que quiere decir el artículo 2º de la ley 153, en el cual se dice en términos generales, sin distinciones de ninguna clase, sobre la extensión de la norma legítima, que “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior”; y es lo que se confirma en el artículo 3º de la misma ley, en el que se advierte que ha de considerarse como insubsistente toda disposición legal que resulte incompatible “con disposiciones especiales posteriores”. Porque todo esto no quiere decir sino que la ley posterior prevalece siempre sobre la anterior, independientemente del carácter general o especial de una u otra; y que solamente las disposiciones especiales posteriores derogan o reforman las disposiciones generales anteriores, en cuanto estas sean incompatibles con aquellas.”**²⁹ (Se ha resaltado).*

De esta manera, a mi juicio resulta claro que, en desarrollo de los dictados y previsiones contenidos en el artículo 69 de la Constitución Política y en perfecta armonía con los mismos, la Ley 80 expedida en el año de 1993, en cuanto posterior, válidamente modificó los dictados que en relación con las universidades estatales u oficiales contenía una Ley anterior como lo es la distinguida con el número 30, la cual fue promulgada en el año de 1992.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales no pude compartir la decisión que en el proceso de la referencia adoptó la mayoría de la Sala.

Con todo respeto y consideración,

²⁹ PINZÓN, José Gabino. “Introducción al Derecho Comercial”. Editorial TEMIS. Bogotá, 1985. Tercera edición, páginas 83 y 84.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Consejero de Estado