**RÉGIMEN CONTRACTUAL – Universidades estatales – Autonomía universitaria**

El régimen contractual del proceso de selección en estudio emana del artículo 69 constitucional según el cual se consagra la autonomía universitaria como garantía de las universidades estatales de regirse por sus propios estatutos, designar sus autoridades, definir su organización académica y administrativa, para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

[...][E]n consonancia con este mandato las universidades están facultadas para adoptar sus correspondientes estatutos. En materia contractual, por regla general los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales se rigen por las normas del derecho privado.

**ESTATUTO DE CONTATACIÓN PÚBLICA – Exclusión universidades oficiales – Aplicabilidad – Principios de la contratación estatal**

Ha sido consistente la jurisprudencia en señalar que al encontrarse las universidades oficiales exceptuadas de la aplicación del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, los contratos que para el cumplimiento de sus fines institucionales celebren, estarán regidos por el derecho privado. Ahora bien, esta condición de exclusión no las releva del sometimiento de sus actuaciones como entidades públicas, durante el procedimiento precontractual y contractual, a los principios de la función administrativa y los principios de la gestión fiscal consagrados constitucionalmente.

En lo que atañe a los procesos de selección adelantados por entidades estatales no sometidas al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, la Sección Tercera ha concluido la observancia a los principios de la contratación estatal también en estos eventos: Todo lo expuesto impone señalar que aun cuando es posible que las referidas entidades estatales que no estén sometidas al régimen de contratación de la Ley 80 y consecuencialmente no están en el deber de adelantar procedimientos de selección con estricta sujeción a los términos y las etapas que en ese Estatuto se regulan con detalle, ello no quiere decir que los procedimientos precontractuales que igual deben adelantar las entidades estatales en mención puedan tramitarse con abierto desconocimiento de los mencionados principios (libre concurrencia, transparencia, imparcialidad, moralidad, igualdad.

**SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA – Aplicabilidad principio de igualdad – Noción**

[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado frente al contenido del principio de igualdad en el marco de la selección objetiva del contratista del Estado. A la luz de este principio, la Administración tiene el deber de asegurar la mayor concurrencia de oferentes, en un escenario que propicie condiciones equitativas para la presentación de sus propuestas y donde se proscriba cualquier tipo de discriminación injustificada, además de ello, está obligada a adoptar criterios objetivos para la escogencia de la oferta más favorable.

Como desarrollo de la garantía fundamental consagrada en el artículo 13 de la Carta Política, el principio de igualdad implica “el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Definición**

[…] la Sala ha considerado que el pliego condiciones es “un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes en el proceso de selección, cuya modificación solo es procedente en las oportunidades y con los límites que le impone el ordenamiento para garantizar la efectividad de los principios que informan las actuaciones administrativas, previo conocimiento e intervención de los participantes, lo que impone concluir que cualquier modificación al pliego de condiciones, antes del cierre de la licitación, deberá consultar en cada caso los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva.[…]

**PROCESO DE SELECCIÓN CONTRACTUAL – Terminación típica – Terminación atípica**

Es cierto que el fin por excelencia de un proceso de selección de contratistas es su culminación satisfactoria a través de la adjudicación del contrato a la oferta más favorable para la entidad. No obstante, por excepción la entidad está llamada a concluir la convocatoria a través de la declaratoria de desierto del proceso cuando ocurren circunstancias objetivas –no motivaciones subjetivas, ni por conveniencia- que impiden la escogencia del contratista.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D. C., tres (3) de abril de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2001-04790-01 (40366)**

**Actor: CONSORCIO MERIDIANO LTDA**

**Demandado: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Temas: Régimen jurídico de Universidades Públicas en materia de contratación acto que declara desierto proceso de selección; acción procedente; vicio de falsa motivación. Declaración excepcional. Supuestos para la declaratoria de desierto del proceso de selección.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 6 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fls. 357 a 366, ppal. 2ª instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

El Consorcio Meridiano Ltda. –Germán Osorio Muñoz pretende se declare la nulidad de las resoluciones 15051 del 10 de septiembre de 2001 y 15222 del 16 de octubre de 2001, proferidas por el rector de la Universidad de Antioquia, por medio de las cuales declaró desierto el proceso de selección de contratista para la gerencia de proyectos de la sede de investigación universitaria SIU. Igualmente pretende que se le restablezcan los perjuicios ocasionados.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 4 de diciembre de 2001 (fl. 127 c. ppal.), el Consorcio Meridiano Ltda. – Germán Osorio Muñoz[[1]](#footnote-1), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, presentaron demanda en contra de la Universidad de Antioquia.

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 110 a 114, c. ppal.):

1.1.1. La Universidad de Antioquia mediante Resolución Rectoral 14934 del 3 de agosto de 2001, abrió proceso para la solicitud de cotizaciones y extendió invitaciones para la presentación de propuestas conducentes a la adjudicación de contrato para la gerencia de proyecto de la sede de Investigación Universitaria-SIU.

1.1.2. A la convocatoria concurrieron como proponentes: a) Unión Temporal Javier Echeverri Palacio-Clara Inés Bustamante Posada, y b) Consorcio Meridiano Ltda.- Germán Osorio Muñoz.

1.1.3. La Universidad de Antioquia mediante Resolución Rectoral 15051 del 10 de septiembre de 2001, decidió declarar desierta la convocatoria y concedió la oportunidad de interponer recurso de reposición. La resolución fue notificada al consorcio el 12 de septiembre de 2001.

1.1.4. La motivación expuesta en la referida resolución indica que la *“Universidad descubrió e informó que los términos de referencia habían sido elaborados por uno de los integrantes de la Unión Temporal participante en el concurso”*, a su vez que la comisión técnica *“previa evaluación técnica y jurídica de las ofertas presentó el orden de elegibilidad de los proponentes”* en el que posicionó a la Unión Temporal Javier Echeverri Palacio-Clara Inés Bustamante Posada en primer lugar y al Consorcio Meridiano Ltda.- Germán Osorio Muñoz en segundo lugar. De acuerdo con las consideraciones expuestas en la resolución, la ingeniera Clara Inés Bustamante fue autora de los términos de referencia.

1.1.5 Con la decisión adoptada, la Universidad castigó drásticamente al proponente que no dio motivo de irregularidad alguna en el proceso de selección, en este caso, el Consorcio Meridiano Ltda.- Germán Osorio Muñoz. El proponente aludido participó de buena fe en la convocatoria pública, con una oferta apta jurídicamente y ceñida a los términos de referencia propuestos.

Por su parte, la entidad de manera arbitraria decidió declarar desierta la licitación con fundamento en una actuación irregular de funcionarios suyos.

1.1.6. Dentro de la oportunidad legal, el Consorcio Meridiano Ltda.-Germán Osorio Muñoz interpuso recurso de reposición contra la Resolución 15051 de 2001, solicitando la revocatoria del acto y la adjudicación del contrato al consorcio.

1.1.7. La Universidad de Antioquia mediante Resolución Rectoral 15222 del 16 de octubre de 2001, no repuso la resolución recurrida y en consecuencia confirmó la declaratoria de desierto del proceso de selección. La Resolución 15222 fue notificada el 22 de octubre de 2001.

1.1.8. La Universidad de Antioquia abrió una nueva convocatoria (Invitación Pública SIU-003-2001) para la Gerencia de Proyecto de la Sede de Investigación Universitaria SIU. Para la nueva convocatoria se diseñaron términos de referencia totalmente diferentes a los de la convocatoria SIU-002-2001. De acuerdo con el demandante esta variación contraría lo previsto por el inciso segundo del parágrafo 1º del artículo 12 del Decreto 855 de 1994, según el cual, *“cuando se contrate directamente por declaratoria de desierta de la licitación o concurso, la entidad estatal no podrá variar el objeto del contrato proyectado, ni modificar substancialmente los términos de referencia”.*

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 109, c. ppal):

*PRIMERA: Que se decrete la nulidad de las Resoluciones: 15051 del 10 de septiembre de 2001 y la Resolución n.º 15222 del 16 de octubre de 2001, proferidas por el rector de la Universidad de Antioquia, por medio de las cuales se declaró desierto un proceso de selección de contratistas. La citada nulidad se solicita por cuanto que las resoluciones vulneraron el debido proceso, violaron la Ley 80 de 1993 y presentaron falsa motivación, por cuanto se debió haber adjudicado al único proponente habilitado. El consorcio MERIDIANO LIMITADA-GERMÁN OSORIO MUÑOZ, actuando además la Universidad con abuso o desviación de poder.*

*SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior, LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA pagará al CONSORCIO MERIDIANO LIMITADA-GERMÁN OSORIO MUÑOZ los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), expresados en la utilidad dejada de percibir, los gastos de la elaboración de la propuesta y en general los perjuicios que se acrediten en el proceso.*

*TERCERA: Las sumas objeto de la condena se actualizarán conforme a la Ley y a los criterios jurisprudenciales pertinentes.*

*CUARTA: Se condene en costas a la Entidad demandada.*

**1.3. Concepto de la violación**

La actora fundamentó la solicitud de nulidad del acto administrativo en cuestión (fls. 114 a 119, c. ppal.), en los siguientes cargos:

1.3.1. Invocó la violación de los numerales 5 y 8 literales b, d, e, literales g y h del numeral 1º del artículo 24, artículo 25 numeral 18, y artículo 29 de la Ley 80 de 1993, artículos 13 y 209 de la Constitución Política, artículo 3º de la Ley 489 de 1998, y el artículo 2º del Decreto 01 de 1984. Para la parte actora el consorcio tenía un derecho subjetivo a la adjudicación del contrato al haber presentado una propuesta jurídicamente hábil, apta para ser adjudicataria, por ello, la actuación de la universidad al declarar desierta la licitación se adoptó por conveniencia y de manera caprichosa.

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Universidad de Antioquia (fls. 133 a 149, c. ppal.), presentó escrito de contestación en el que solicitó se despacharan en forma desfavorable las pretensiones de la demanda.

Afirmó que el proceso de contratación en el que participó el demandante se abrió atendiendo las disposiciones del estudio contractual de la universidad (Acuerdo Superior n.º 095 del 21 de octubre de 1996).

Precisó que el rector de la Universidad de Antioquia tuvo conocimiento que personal de la oficina de la arquitecta Clara Inés Bustamante, miembro de la Unión Temporal que presentó la propuesta mejor calificada en la convocatoria, participó de alguna manera en la elaboración del documento que sirvió de base para redactar los términos de referencia para la convocatoria declarada desierta. Sin que esta circunstancia constituya causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar por parte de la unión temporal, el rector consideró que continuar con el proceso de selección no honraba el principio de transparencia consagrado en el artículo 24 del Acuerdo Superior n.º 095 del 21 de octubre de 1996 (Estatuto General de Contratación de la Universidad).

Estimó que el supuesto contemplado en el Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993 se refiere al evento de la contratación directa, no al evento de una nueva convocatoria pública. Aunado a ello, los procedimientos de selección previstos por la Ley 80 de 1993 no son aplicables a la Universidad de Antioquia, en la medida en que en virtud de la autonomía universitaria le rige su propio estatuto de contratación.

Propuso como excepciones: (i) legalidad de la actuación administrativa, toda vez que el acto administrativo cuya nulidad se pretende no viola disposición jurídica alguna. No se presente vulneración al debido proceso ni falsa motivación, por cuanto el motivo para declarar desierto el concurso si existió.

Tampoco adolece de desviación de poder, pues de no haberse declarado desierta la convocatoria, el adjudicatario habría sido la Unión Temporal, que ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles y no el consorcio del que hacían parte los demandantes. En consecuencia, el acto administrativo no tuvo esa segunda intención de favorecer o perjudicar a alguno de los oferentes.

ii) Falta de interés para obrar y pretender el restablecimiento del derecho. A la parte demandante no le asiste interés para demandar el restablecimiento del derecho o indemnización de perjuicios por la no adjudicación del contrato, pues si el motivo señalado por la Universidad de Antioquia, no impedía la selección del contratista, el contrato debió adjudicarse a la unión temporal calificada en primer lugar y no al consorcio integrado por los demandantes.

**3. LOS ALEGATOS**

La Universidad de Antioquia reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fl. 329 a 333 c. ppal. 1). La parte demandante concluyó que las pruebas aportadas demuestran la actuación ilegal de la Universidad de Antioquia (fl. 334 a 346 c. ppal.)

**II. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 6 de octubre de 2010 (fls. 357 a 366, c. ppal., 2ª instancia), el *a quo* negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la decisión desestimatoria de las pretensiones expuso el marco normativo propio para la contratación de la Universidad de Antioquia, el desarrollo del principio de la autonomía universitaria y la preservación del principio de transparencia en materia contractual.

En relación con el caso concreto consideró:

*4.1. En primer lugar ha de advertirse, que el problema jurídico se centra de manera principal, a determinar si efectivamente los actos administrativos demandados se avienen a la preceptiva legal y constitucional. Por ello debe precisarse con absoluta seguridad, que los entes universitarios estatales, en virtud de mandato constitucional, gozan de autonomía administrativa, incluso para darse sus propias reglas en materia de contratación, conforme lo precisó la ley 30 de 1992 y además para despejar cualquier duda, lo reitera el Consejo de Estado a través de Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil.*

*4.2. Por ello no resulta contrario al debido proceso, el que la Universidad de Antioquia se haya proveído de su propio estatuto contractual, en donde se presentan las facultades propias del mismo ente universitario, sin desconocer una serie de principios generales en materia de contratación estatal, conforme al Acuerdo 095 del 21 de octubre de 1996 que constituye un régimen especial de contratación, excluyendo los contratos de empréstito que se rigen por la Ley 80 de 1993.*

*4.3. En este orden de ideas, al convocarse al proceso de selección del cual se derivó la declaratoria de desierto, la Universidad de Antioquia y en especial su Rector, de conformidad con el artículo 11, se encontraba plenamente facultado. Para el caso, el encontrar irregularidades en el diseño de los términos de referencia, no solo ponía en entredicho al consorcio incurso en ellas, sino además a todo el proceso en sí mismo, en aras de lo que significa el principio de transparencia. No era suficiente entrar a descalificar a uno de los participantes en el proceso de selección, sino al proceso de manera general, para preservar además otros principios como el de igualdad.*

*Además, quien resulta demandante, no era el mejor dentro de los mejores en su propuesta y calidades, por Io que ello no garantizaba el que el contrato a adjudicar cumpliera con el propósito, que es el de la eficiencia dentro de los términos estatales.*

*4.4. Por tanto, conjugando las premisas normativas o marco teórico, con las pruebas allegadas, esta Sala logra la certeza que el acto administrativo complejo contenido en la Resolución Rectoral 15051 del 10 de Septiembre de 2001, proferida por la Universidad de Antioquia, por medio de la cual se declara desierto el proceso de oferta abierto, para la solicitud de cotizaciones y presentación de propuestas conducentes a la adjudicación del Contrato para Gerencia de Obras del Proyecto SIU y la Resolución Rectoral 15222 del 16 de Octubre de 2001, proferida por la Universidad de Antioquia, en la que se decide no reponer la Resolución Rectoral 15051del 10 de Septiembre, se avienen a las normas constitucionales y legales, sin que se haya pretermitido el principio del debido proceso.*

*A manera de conclusión, encontrando la legalidad del acto administrativo dentro del proceso de selección objetiva de contratista, no es posible conceder las pretensiones de la demanda.*

**III. SEGUNDA INSTANCIA**

**1. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el demandante interpuso recurso de apelación, así:

(i) La interpretación que hace la Sala sobre el principio de autonomía universitaria es equivocada. Si bien las universidades de carácter estatal gozan de un régimen especial de contratación, no debe entenderse como la posibilidad de abstracción total del ordenamiento jurídico en el ejercicio de la función pública que desarrollan.

No puede afirmarse que en virtud del principio de autonomía universitaria el Rector de la Universidad de Antioquia estaba facultado para declarar desierto el proceso de oferta pública, pues la interpretación y aplicación de este principio indica que el proceso de selección debió culminar con la adjudicación del contrato al Consorcio Meridiano Ltda.-Germán Osorio Muñoz. En consecuencia el acto por el cual se declaró desierto el proceso de selección adolece de nulidad absoluta.

La violación del debido proceso por parte de la entidad demandada no es consecuencia del régimen especial de contratación al cual está sometida.

ii) La sentencia de primera instancia omitió considerar que en principio la normativa aplicable para resolver la controversia puesta a su consideración es el Acuerdo Superior 095 del 21 de octubre de 1996, por ser el estatuto de contratación de la entidad universitaria, vigente para la época. De conformidad con el reglamento especial de contratación es procedente aplicar de manera subsidiaria lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y las normas del derecho privado.

Para el apelante la remisión del acuerdo universitario al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ampliaba el marco conceptual dentro del cual debió pronunciarse el *a quo.* Debió considerarse como norma complementaria para decidir sobre la legalidad del acto que declaró desierta la oferta pública.

En tanto la normativa universitaria no contempla los motivos por los cuales es posible declarar desierto un proceso de selección, es necesario acudir a las normas generales de la contratación para determinar si la decisión administrativa se encuentra dentro de la legalidad, a la luz del artículo 25 numeral 18 de la Ley 80 de 1993.

Según lo establece esta disposición, únicamente podrá declararse desierta la licitación o concurso por motivos que impidan la escogencia objetiva del contratista dentro del proceso de selección. El consorcio demandante cumplió con los requisitos señalados en la convocatoria y fue calificado en todos sus aspectos por la entidad, en consecuencia no existían razones de carácter objetivo que impidieran a la entidad adjudicar el contrato al consorcio, en una eventual descalificación del otro proponente.

iii) La sentencia carece de fundamento normativo para respaldar sus conclusiones. El fundamento utilizado para concluir plena facultad del Rector de la Universidad de Antioquia para declarar desierto el proceso de selección se reduce al artículo 11 de La ley 80 de 1993.

El *a quo* omitió la referencia de la totalidad de las normas que refirió el demandante fueron violadas. De lo cual se obtiene un análisis poco riguroso sobre la legalidad de los actos administrativos atacados.

iv) El *a quo* se equivoca al afirmar que la declaratoria de desierta de la oferta pública se hace en virtud de la preservación del principio de transparencia de la contratación estatal.

La descalificación de la Unión Temporal Javier Echeverri Palacio-Clara Inés Bustamante Posada habría sido suficiente para la preservación del principio de transparencia, pues el problema se centra en el hecho de que uno de los integrantes de la unión temporal participante tuvo cierta injerencia y conocimiento previo en los pliegos de condiciones del proceso de selección.

Para garantizar el principio de transparencia la acción correcta que debió adoptarse por la entidad no era la culminación del proceso contractual a través de la declaratoria de desierto del proceso de selección, sino la descalificación del proponente inhabilitado y posterior adjudicación del contrato al proponente único.

En el presente evento se vulneró el principio de igualdad, pues se sancionó al consorcio demandante por un hecho del cual no fue generador.

v) Se opuso a la consideración expuesta por el *a quo,* según la cual la propuesta del demandante no era la mejor para haber sido seleccionada, en tanto no garantizaba que el contrato a adjudicar cumpliera con su propósito. Frente a este punto, el apelante advierte: a) si hay dos proponentes con propuestas válidas dentro de un procedimiento de selección y aquel que ha sido calificado con mayor puntaje debe forzosamente dejar la licitación, necesariamente ha de adjudicársele el contrato a la propuesta siguiente en el orden de elegibilidad, en tanto resultaba hábil, al cumplir los requisitos exigidos por los términos de referencia, b) la propuesta presentada por el consorcio demandante aun cuando no obtuvo la mejor calificación no se encontraba tachada de inválida, c) el proceso de selección termina por asuntos estrictamente imputables a los integrantes de la unión temporal participante que tuvieron acceso anticipado a los términos de referencia, configurando así las condiciones de desigualdad, d) ni la entidad en los actos administrativos ni el *a quo* cuestionan la legitimidad de la calificación obtenida por el proponente con mayor puntuación, al contrario, se le resta importancia al hecho de haber tenido la unión temporal acceso a los pliegos con mucho más tiempo de antelación que el consorcio. El consorcio debió ser el adjudicatario del contrato pues actuó con buena fe y seriedad a lo largo del proceso licitatorio, e) el dictamen pericial concluyó en su concepto técnico que el único proponente habilitado debió ser adjudicatario del contrato. Frente a éste dictamen la parte demandada no realizó ningún tipo de objeción, en consecuencia cuenta con pleno valor probatorio; f) la condición de proponente único del demandante no pudo ni puede ser motivo para desconocer su vocación de adjudicatario dentro del proceso de selección.

**2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La Universidad de Antioquia y la parte demandante reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 393 a 412, c. ppal. 2, 2ª instancia).

El Ministerio Público (fls. 413 a 419, c. ppal 2, 2ª instancia) conceptuó frente al argumento del recurrente según el cual, ante la ausencia de disposición contenida en el estatuto de contratación de la Universidad que establezca las causales para declarar desierto un proceso de escogencia, el rector de la institución debió acudir a la Ley 80 de 1993 en virtud de la remisión que hace el estatuto a la ley. Consideró que el reglamento interno de la Universidad establece en el numeral IV del artículo 24, las causales para declarar un proceso de escogencia, por lo que no se podría aplicar la Ley 80 de 1993 como norma supletoria en virtud de la especialidad del reglamento.

Señaló que el estatuto de contratación de la universidad no establece causales para rechazar las ofertas, es decir el conocimiento previo de los términos de referencia en principio no impedía la adjudicación del contrato a la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad. Tal circunstancia tampoco está contemplada de manera expresa en los términos de referencia.

En consecuencia colige que al no ser una causal de rechazo de las ofertas no procedía la solución propuesta por el demandante, de rechazar o eliminar el ofrecimiento de la unión temporal y la adjudicación al consorcio demandante por haber ocupado el segundo orden de elegibilidad.

Para el representante del Ministerio Público era procedente declarar desierto el proceso de selección de oferentes por la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad durante su desarrollo. La vulneración de los principios de igualdad y transparencia no se encuentra tipificada de manera expresa para declarar desierto el proceso de selección, sin embargo, infringir tales principios o los demás señalados en el artículos 229 de la Constitución Política o en el estatuto de contratación de la universidad daba lugar a que la entidad no pudiera realizar la escogencia objetiva de alguno de los oferentes y continuar con un trámite que iba a culminar con un contrato viciado de nulidad.

La vulneración de cualquier principio en materia contractual impide la escogencia de cualquier oferente, de tal manera que lo procedente es que la entidad pública declare desierto el proceso de selección que se encuentra en curso y no la adjudicación del contrato.

Frente a la deficiente argumentación de la sentencia, estimó que la providencia no va en contravía del principio de congruencia señalado en las normas procedimentales.

Agregó que aunque la parte actora no fue la causante de la actuación irregular ni tampoco se benefició de dicha situación, el proceso de selección se contaminó con la filtración de información y por ello, era preciso corregirlo para evitar la vulneración de los principios a los que se encontraba sometido.

Concluyó que al ser declarado desierto el proceso de selección de contratistas, no solo se perjudicó al oferente hoy demandante sino al oferente que se privilegió con la información en la medida en que este había ocupado el primer orden de elegibilidad de dicho procedimiento. De no haberse presentado la situación causante de la declaratoria de desierto, el demandante no había sido el llamado a suscribir el contrato.

El Procurador Delegado solicita confirmar la sentencia de primera instancia.

**IV. CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. Como en el presente asunto funge como parte demandada la Universidad de Antioquia[[2]](#footnote-2) corresponde el conocimiento del asunto a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[3]](#footnote-3).

1.1.2. En cuanto a la acción procedente, la Sala ha considerado que los actos que declaran desierto un proceso de selección, en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, son susceptibles de control judicial a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho[[4]](#footnote-4).

En el asunto *sub lite,* el acto objeto de estudio es administrativo, por disposición expresa del Estatuto de contratación de la Universidad[[5]](#footnote-5), no obstante el régimen privado de los contratos celebrados por la entidad. En consecuencia, la acción ejercida por el demandante es apropiada.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, en tanto la Universidad de Antioquia expidió el acto administrativo cuestionado, a su vez, la parte actora resultó afectada con la decisión cuestionada, en tanto considera que en el presente evento debió ejecutar el contrato que sería adjudicado en el proceso de selección finalmente declarado desierto.

**1.3. La caducidad**

Teniendo en cuenta que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, prescribía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos previos a la celebración del contrato debía presentarse dentro de los 30 días siguientes a su notificación, es claro que ocurrida esta el 22 de octubre de 2001 (fl. 21, c. ppal. notificación a la Unión Temporal integrada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante Palacio, fl. 22, c. ppal. notificación al Consorcio Meridiano Ltda.), en lo que atañe a la Resolución Rectoral 15220 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 15051 del 10 de septiembre de 2001, por la cual se declaró desierto el proceso de selección para la adjudicación del contrato para la gerencia de obra del proyecto SIU, el demandante contaba hasta el 5 de diciembre de 2001, para accionar; ahora, como la demanda se presentó el 4 de diciembre (fl. 127 c. ppal., fuerza concluir que lo fue en tiempo.

**2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en determinar si están llamados a prosperar los cargos de nulidad propuestos por la parte demandante en contra de las Resoluciones Rectorales 15051 del 10 de septiembre de 2001 y 15222 del 16 de octubre de 2001, por medio de las cuales se declaró desierto el proceso abierto para la adjudicación del contrato para la gerencia de obra del proyecto SIU. De ser así, se impondría revisar si la propuesta presentada por el consorcio demandante fue la mejor y a su vez si corresponde indemnizar los perjuicios reclamados con base en lo probado.

**3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LA DECLARATORIA DE DESIERTA**

**3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección**

El régimen contractual del proceso de selección en estudio emana del artículo 69[[6]](#footnote-6) constitucional según el cual se consagra la autonomía universitaria como garantía de las universidades estatales de regirse por sus propios estatutos, designar sus autoridades, definir su organización académica y administrativa, para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

En consonancia con este mandato las universidades están facultadas para adoptar sus correspondientes estatutos[[7]](#footnote-7). En materia contractual, por regla general los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales se rigen por las normas del derecho privado[[8]](#footnote-8).

En este orden, el proceso de selección se encuentra regido por las normas de derecho privado que resulten aplicables y las disposiciones adoptadas en el estatuto interno de contratación vigente para la época de los hechos (Acuerdo Superior 095 del 21 de octubre de 1996).

Ahora bien, la Sala reitera que aun encontrándose regido por el derecho privado el proceso de selección de contratista y el contrato que como resultado de éste se celebre, el acto que declara desierto el proceso, contra el cual se dirige la pretensión de nulidad formulada por la parte demandante, es un acto administrativo por disposición expresa del Acuerdo Superior 95 de 1996[[9]](#footnote-9), en consonancia con lo previsto por el artículo 61 de la Ley 30 de 1992[[10]](#footnote-10).

3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. De esas pruebas se tiene:

3.2.1. En el mes de agosto de 2001, la Universidad de Antioquia adelantó la convocatoria SIU-002 de 2001 con el propósito de contratar la gerencia del proyecto para *“planear, construir y poner en marcha la Sede de Investigación Universitaria-SIU”.* En el objeto de la convocatoria se incluyeron las actividades que tendría que desarrollar el contratista, así:

*En el desarrollo del proyecto, el proponente escogido administrará, controlará y velará por los intereses de la Universidad de Antioquia para lo cual deberá: organizar y planear el trabajo, coordinar la obtención de los permisos correspondientes ante las diferentes entidades estatales; coordinar y desarrollar el proyecto arquitectónico y técnico, organizar invitaciones privadas y públicas, evaluar y justificar la adjudicación de contratos de construcción y de asesorías y apoyar administrativamente el proceso de construcción de la obra y puesta en marcha del edificio.* (fls. 32 a 49 c. ppal. 1).

3.2.2. De los términos de referencia se destaca (fls. 32 a 49 c. ppal.1): **(i)** el régimen contractual estipulado para el contrato a celebrar, corresponde al derecho privado, de conformidad con el artículo 2º del Estatuto General de Contratación de la Universidad de Antioquia (numeral 7, fl. 36); **(ii)** la Universidad de Antioquia haría la adjudicación del contrato de conformidad con el artículo 29 de su Estatuto de Contratación[[11]](#footnote-11) (numeral 7, fl. 36 vto.); **(iii)** la entrega de las propuestas se fijó para el día 21 de agosto de 2001, en la oficina del proyecto SIU (numeral 14, fl. 38); **(iv)** en la evaluación de las propuestas la Universidad de Antioquia realizaría un examen para determinar su validez y si los proponentes estarían habilitados para presentarlas de acuerdo a los requisitos exigidos en los términos de referencia (numeral 15 fl. 39); **(v)** con el fin de garantizar la escogencia de la oferta más conveniente para la Universidad los términos de referencia se establecieron criterios de evaluación contenidos en el numeral 17, 18 y 19 (numerales 17, 18 y 19, fls. 39 a 42); **(vi)** La universidad evaluaría las propuestas y la adjudicación del contrato se haría mediante resolución motivada. La Universidad adjudicaría el contrato para la Gerencia del proyecto SIU, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cierre de la invitación al proponente que obtuviera el mayor puntaje, resultante de aplicar los factores de evaluación a cada una de las propuestas (numerales 15 y 20 fls. 39, 41 y 42). **vi)** en materia de inhabilidades se acogen las contempladas en los artículos 8, 9 y 10 del capítulo primero del Estatuto General de la Universidad de Antioquia (numeral 21 fl. 42).

3.2.3. El 21 de agosto de 2001, el consorcio Meridiano Ltda.-Germán Osorio Muñoz presentó propuesta técnica y económica dentro de la convocatoria SIU-002 de 2001 (fl. 50 a 81 c. ppal. 1). En la misma fecha la unión temporal conformada por Javier Echeverri y Clara Inés Bustamante presentó propuesta en la convocatoria aludida (fl. 215 a 299 c. ppal. 1)

3.2.4. El 27 de agosto de 2001, el director de la oficina asesora jurídica de la Universidad de Antioquia presentó informe de la revisión jurídica efectuada a las propuestas presentadas dentro de la convocatoria SIU-002 de 2001, en el cual reseñó:

*I. PROPUESTAS RECIBIDAS*

*En atención a la convocatoria realizada por la Universidad, presentaron oferta los siguientes proponentes:*

*-Unión temporal Javier Echeverri Palacio; Clara Inés Bustamante Posada.*

*-Consorcio Meridiano Ltda; Germán Osorio Muñoz.*

*II. PARÁMETROS DE EVALUACIÓN JURÍDICA*

*Para efectos de la revisión de las propuestas, se tomaron en consideración los siguientes aspectos:*

*A. Verificación de las calidades y atributos exigidos a los aspirantes a contratar, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Meridiano Limitada, expedido por la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño; y por el diploma, matrícula y/o tarjeta profesional de las personas naturales y certificados de existencia en los siguientes aspectos:*

*-Capacidad legal de los proponentes para contratar*

*-Fecha de creación y duración de la sociedad Meridiano Limitada.*

*-Calidad de los miembros de la unión temporal y del consorcio y de los profesionales que los conforman o participan en ellos (ingenieros o arquitectos).*

*-Capacidad, facultades y límites de los representantes legales de la sociedad, del consorcio y de la unión temporal para contratar.*

*-La debida representación legal de la sociedad, la unión temporal y el consorcio.*

*-No aparecer reportado en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República, artículo 85 Ley 42 de 1993.*

*(…)*

*Del análisis de las propuestas, y según los parámetros descritos a la luz de las condiciones básicas para participar en el proceso, establecidas en la convocatoria realizada por la Universidad, y de los documentos solicitados y analizados por esta oficina, encontramos que ninguna de las ofertas presentadas aporta el paz y salvo de la Contraloría General de la República, pero en el momento ello no constituye vacío de índole legal, por cuanto de conformidad con el numeral 13 de los términos de referencia, para dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 85 de la Ley 42 de 1993, la Dirección del Proyecto SIU, deberá consultar el Boletín de Responsables Fiscales para certificar si los proponentes se encuentran o no reportados en éste.*

*Si luego de la consulta a realizar por la Dirección del Proyecto SIU, se determina que ninguno de los proponentes aparece reportado en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República, ambas propuestas podrán ser analizadas por la comisión técnica y económica, y continuar participando en este proceso de selección de contratistas para la adjudicación del contrato de consultoría para la Gerencia del Proyecto SIU, toda vez que cumplen con las exigencias de índole legal de los términos de referencia*  (fls. 253 y 254, c. 9).

3.2.5. En documento sin fecha, la Junta Asesora en Contratos de la Universidad de Antioquia, conformada para evaluar las propuestas presentadas dentro de la convocatoria SIU-002 de 2001 recomendó el siguiente orden de elegibilidad, de acuerdo con la evaluación técnica realizada:

*1. Proponente 1. Unión Temporal conformada por Clara Inés Bustamante P. y Javier Echeverri P. Total puntos 814*

*2. Proponente 2. Consorcio Meridiano Ltda., y Germán Osorio Muñoz. Total puntos 490.* (fl. 198 vto. C. ppal.)

3.2.6. En comunicación del 31 de agosto de 2001, el Director General del Proyecto SIU informó al Rector de la Universidad de Antioquia:

*El miércoles 29 de agosto a las 6 pm me enteré de la posible decisión de declarar la nulidad de la convocatoria para la gerencia del proyecto SIU. Esa decisión me preocupa, en primer lugar por el efecto que pueda tener en el proyecto SIU y en segundo lugar, por la duda que deja flotando en el ambiente sobre mi actuación.*

*No tuve la oportunidad de expresar estos comentarios en un momento más oportuno y aunque ahora sea extemporánea, debo hacer una declaración al respecto. Siento que tengo un compromiso con usted, en primer lugar, que me ha encomendado la dirección del proyecto y me ha ofrecido su confianza y, en segundo lugar, con todas aquellas personas y amigos que me conocen. A todos les debo una explicación.*

*La razón por la cual el nombre de la arquitecta Clara Inés Bustamante aparece tanto en el archivo electrónico que se envió a la Junta Asesora en Contratos en desarrollo de los preparativos para la reunión del 3 de agosto, como en el enviado el 8 de agosto a manera de registro de la forma final de la documentación de la convocatoria, obedece a un error desprovisto de mala fe por parte de la arquitecta o de los encargados por la Junta Directiva del Proyecto para elaborar los pliegos del concurso (la arquitecta Gloria Molina V, el ingeniero Jaime Horacio Londoño-Interventoría del proyecto SIU- y mi persona).*

*Como usted lo recordará, la Junta Directiva del Proyecto, en su reunión del 16 de julio, me solicitó que rápidamente procediera a elaborar los términos de referencia y sugirió que tomase como documento de partida el pliego ya publicado para un concurso de Gerencia de un proyecto de regionalización en Caucasia. Esta instrucción tenía la intención de ganar tiempo y con ese fin iniciamos la búsqueda del archivo electrónico de ese documento, para hacer posible una edición ágil pensando en presentar la propuesta de convocatoria a la Junta Asesora del viernes julio 27. No encontramos dicho archivo ni en asesoría jurídica, ni en la oficina de sostenimiento ni en la oficina de regionalización y sólo conseguimos el documento en papel. Concluimos que el archivo electrónico no existía y que debíamos generarlo rápidamente con la ayuda de alguien que lo digitara ojalá esa misma noche. Nos preocupaba en ese momento el puente que se avecinaba (viernes 20 de julio, festivo) y eran casi las 5 pm del miércoles 18 de julio. Ninguno de los tres comisionados tenía la posibilidad de comprometerse directa o indirectamente con ese trabajo a esa hora (35 páginas en total).*

*Solicitamos entonces la colaboración de la secretaria de la Arquitecta Bustamante para hacer la digitación del documento de Caucasia, y ella hizo su trabajo esa noche en el computador de esa oficina y me lo envió en un correo electrónico el 19 de julio a las 10:28 am. En las propiedades del archivo puede leerse que el documento se creó el 18 de julio a las 10:20 pm. Esta información está disponible en mi PC para revisión. (…)*  (fl. 208 c. ppal.)

3.2.7. En acta n.º 115 del 31 de agosto de 2001, la junta asesora de contratos de la Universidad de Antioquia consideró frente a la calificación de las propuestas recibidas al interior de la convocatoria dispuesta para contratar la gerencia de proyecto de la sede de investigación universitaria SIU:

*Pese a estar incluido en el orden del día el tema de la adjudicación del contrato para la gerencia de la SIU, y de haberse anexado el informe técnico y jurídico sobre las propuestas, por parte de la comisión nombrada para el efecto, en el que se recomendaba un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato en favor de la Unión Temporal conformada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante Posada, con un total de 814 puntos; frente a 490 puntos asignados al Consorcio Meridiano Ltda. y Germán Osorio Muñoz; el tema no se trató, por la observación que hizo el Director de Control Interno en la sesión anterior, sobre la posible autoría del archivo que contenía los términos de referencia que se elaboraron para contratar la gerencia del proyecto SIU, por parte de la arquitecta Clara Inés Bustamante, miembro de la Unión Temporal conformada con el ingeniero Javier Echeverri Palacio, luego de analizar dicho archivo por la “opción propiedades”. Pese a las explicaciones contenidas en la comunicación del director del proyecto SIU dirigida al rector, con copia a la Junta Asesora en Contratos, se consideró que existen dudas respecto del cumplimiento del principio de igualdad para quienes accedieran al proceso de selección.* (fl. 193 c. ppal.)

3.2.8. Mediante Resolución Rectoral 15051 del 10 de septiembre de 2001, el rector de la Universidad de Antioquia decidió:

*ARTÍCULO PRIMERO. Declarar desierto el proceso de oferta abierto por la Universidad mediante Resolución Rectoral 14934 del 3 de agosto de 2001, para la solicitud de cotizaciones y la presentación de propuestas conducentes a la adjudicación del contrato para gerencia de obra del Proyecto SIU.*

*ARTÍCULO SEGUNDO. Disponer que los proponentes que participaron en el presente proceso de selección puedan hacerlo nuevamente, sin necesidad de comprar los términos de referencia del nuevo proceso que se abra con este fin o, a su elección, reclamar la devolución de los dineros que consignaron para su participación en este proceso.*

*ARTÍCULO TERCERO. Notifíquese al señor Javier Echeverri Palacio representante de la Unión Temporal conformada con la arquitecta Clara Inés Bustamante Posada, y al señor Oscar Betancur Vargas representante del Consorcio Meridiano Ltda.; Germán Osorio Muñoz.*

*Entréguese copia de la resolución a cada uno de los notificados.*

*ARTÍCULO CUARTO. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición interpuesto ante el Rector de la Universidad, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación.* (fl. 209 a 211 c. ppal.)

Las consideraciones expuestas en el referido acto señalan:

*1. Que la Universidad de Antioquia mediante Resolución Rectoral 14934 del 3 de agosto de 2001, abrió proceso para la solicitud de cotizaciones y extendió invitación requiriendo la presentación de propuestas conducentes a la adjudicación del contrato para gerencia de obra del Proyecto SIU.*

*2. Que al proceso de solicitud de cotizaciones concurrieron los siguientes proponentes: Unión temporal Javier Echeverri Palacio, Clara Inés Bustamante Posada y el Consorcio Meridiano Ltda., Germán Osorio Muñoz.*

*3. Que durante el proceso de evaluación de las propuestas recibidas, el Director de la Oficina de Control Interno informó a la Junta Asesora en Contratos en sesión 114 del 24 de agosto de 2001, que analizando por la “opción propiedades”, el archivo de los términos de referencia que se elaboraron para contratar la Gerencia de Proyecto de la Sede de Investigación Universitaria, aparece como autor del mismo Clara Inés Bustamante Posada, miembro de la Unión temporal conformada con el ingeniero Javier Echeverri Palacio, proponente en el proceso que nos ocupa.*

*4. Que por lo anterior, y pese a que para la sesión 115 de la Junta Asesora en Contratos celebrada el 31 de agosto de 2001, se contaba con el informe de la comisión técnica nombrada para el efecto, en el que se recomendaba un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato en favor de la Unión Temporal conformada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante Posada, con un total de 814 puntos; frente a 490 puntos asignados al Consorcio Meridiano Ltda., y Germán Osorio Muñoz, el asunto no fue tratado por cuanto se consideró que en la elaboración de los Términos de Referencia, no existió respeto por el principio constitucional de la igualdad para quienes accedieran al proceso de selección.*

*5. Que el numeral IV del artículo 24 del Acuerdo Superior 095 del 21 de octubre de 1996, Estatuto de Contratación de la Universidad de Antioquia, dispone que la declaratoria de desierto del proceso “sólo se podrá dar por motivos que impidan la escogencia del contratista, o porque sobrevienen razones de fuerza mayor, o graves inconvenientes que impidan a la Universidad cumplir la obligación contractual futura”.*

*6. Que los Términos de Referencia contienen los elementos condicionantes para efectuar la adjudicación del respectivo contrato, por ello se ha dicho que constituyen las “reglas de juego” a las que se someten tanto los oferentes como Ia respectiva entidad estatal. De manera que quien tiene a su cargo la elaboración de los Términos de Referencia, debe velar por la claridad de los condicionamientos de la futura contratación y el respeto por el principio constitucional de igualdad para quienes accedan al proceso de selección.*

*7. Que en el presente proceso de selección surgió un motivo que impide a la Universidad Ia escogencia del contratista, toda vez que uno de los miembros de la Unión Temporal conformada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante Posada, aparece como “autora” de los Términos de Referencia que fueron base del que finalmente presentó la Universidad para la invitación, solicitando la presentación de propuestas para la adjudicación del contrato para gerencia de obra del Proyecto SIU.*

*8. Que si bien es cierto, como lo afirma el Director General del Proyecto SIU, doctor Alfredo Jaramillo Murillo, en su comunicación 9991-026 del 31 de agosto de 2001, dirigida al Rector de la Universidad de Antioquia, con copia a la Junta Asesora en Contratos, los términos de referencia pese a ser elaborados por la Universidad a partir de un modelo de pliego empleado anteriormente para otro proceso por la institución, fueron digitados por la secretaria de la arquitecta Clara Inés Bustamante Posada, en el equipo de cómputo de ésta, para luego ser modificados en los equipos de la Dirección General del proyecto SIU, en el momento en que se presentaron las observaciones presentadas por la Oficina de Asesoría Jurídica y por los demás miembros de la Junta Asesora en Contratos, ello no desvirtúa el hecho objetivo, consistente en que uno de los miembros de la Unión Temporal participante en el proceso que nos ocupa, tuvo conocimiento de los mismos, antes que los demás proponentes, lo que constituye el factor determinante a la hora de adoptar una decisión de adjudicación, pues, como se dijo, los “Términos de Referencia” constituyen las directrices generales y específicas con arreglo a las cuales los oferentes deben realizar sus propuestas, y la claridad de los condicionamientos de la futura contratación y el respeto por el principio constitucional de igualdad para quienes accedan al proceso de selección por tanto, quien tiene conocimiento previo de los mismos, tiene ventaja sobre los demás oferentes.*

*9. Que si bien es cierto, en el presente proceso de selección, los criterios utilizados permitían un tratamiento igualitario para los proponentes interesados en participar en el mismo, también lo es que uno de los miembros de la Unión Temporal conformada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante Posada, tuvo conocimiento de los términos de referencia en su etapa previa de elaboración, toda vez que existe prueba de haber sido creados en el computador de la arquitecta Clara Inés Bustamante Posada. Tal conocimiento previo de los términos de referencia da al traste con el proceso de selección, ya que no permite una escogencia en igualdad de condiciones entre los oferentes.*

*10. Que si la Universidad se ciñe a la aplicación estricta de los “Términos de Referencia” sin analizar el motivo surgido en desarrollo del mismo, tendría que adjudicar al proponente que se encuentra en primer orden de elegibilidad, quien indirectamente participó en la elaboración de los “Términos de Referencia”, y los conoció antes que los potenciales proponentes, lo que implicaría ignorar la situación presentada que afecta la selección del contratista. Es que si la intención de la Unión Temporal conformada por los citados profesionales era participar en la invitación, debió abstenerse de facilitar la secretaria que digitara los “Términos de Referencia”, proporcionados por la Universidad de Antioquia, pues ello, como se vio, incide en la presentación de las ofertas.*

*11. Que se debe advertir que el asunto examinado no constituye una inhabilidad de la unión Temporal, para contratar con la Universidad, ya que las causales de inhabilidad están previstas taxativamente, sin que en ellos se encuentre la situación planteada. En tal virtud, no podría la Institución excluir, infundadamente de la lista de elegibilidad a la mencionada Unión Temporal para adjudicar el contrato al otro de los proponentes según el orden establecido, sin que desconociera no sólo las citadas causas de inhabilidad, al “crear” una causal no prevista, sino los términos de referencia, que como se sabe constituyen la “ley” del proceso de selección y vinculan tanto a la entidad como a los proponentes.*(fl*.*24 a 28 c. ppal.1)

3.2.9. Del contenido de la resolución señalada, se notificó al representante del Consorcio Meridiano Ltda., el 12 de septiembre de 2001 (fl.211 vto.) y el 13 de septiembre de 2001, al representante de la Unión Temporal conformada por Clara Inés Bustamante Posada y Javier Echeverri (fl. 212 vto.).

3.2.10. En escrito del 17 de septiembre de 2001, la sociedad Meridiano Ltda., y Germán Osorio Muñoz formularon recurso de reposición contra la Resolución Rectoral n. º 15051 del 10 de septiembre de 2001, con el propósito de obtener la revocatoria de la decisión de declarar desierto el proceso de selección y en su lugar le fuera adjudicado el contrato al consorcio Meridiano Ltda.-German Osorio (fl. 100 a 107 c. ppal.1).

3.2.11. Mediante Resolución n. º 15222 del 16 de octubre de 2001, el Rector de la Universidad demandada decidió no reponer la resolución que declaró desierto el proceso de selección abierto para la adjudicación del contrato para gerencia de obra del proyecto SIU (fl. 9 a 20 c. ppal.).

**3.3. Estudio de legalidad de la decisión adoptada por la Universidad de Antioquia de declarar desierto el proceso de selección**

3.3.1 Como se advirtió en precedencia el proceso de selección en comento se encuentra regido por el derecho privado y lo regulado por el estatuto interno de contratación de la Universidad de Antioquia (Acuerdo Superior 095 del 21 de octubre de 1996).

Recuerda la Sala que mediante Resolución Rectoral 15051 del 10 de septiembre de 2001, la universidad demandada declaró desierto el proceso de oferta pública para la adjudicación del contrato para gerencia de obra del Proyecto SIU, al considerar:

i) En el proceso de selección surgió un motivo que impide la escogencia del contratista “*toda vez que uno de los miembros de la Unión Temporal conformada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante Posada, aparece como "autora" de los Términos de Referencia que fueron base del que finalmente presentó la Universidad para la invitación”*

ii) Para la entidad, si bien los criterios de selección utilizados permitían un tratamiento igualitario para los proponentes interesados, el hecho de que uno de los miembros de la unión temporal conformada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante tuviera conocimiento de los términos de referencia en su etapa previa de elaboración – al existir prueba de haber sido creados en el computador de la arquitecta Clara Inés Bustamante Posada- trunca el proceso de selección, en tanto impide una escogencia en igualdad de condiciones entre los oferentes.

ii) Esta circunstancia conocida no constituye causal de inhabilidad de la unión temporal para contratar con la Universidad, en tanto las causales están previstas taxativamente sin que se encuentre contemplado el supuesto ocurrido en este caso y en consecuencia la institución no podría excluir de la lista de elegibilidad a la mencionada unión temporal para adjudicar el contrato al segundo de los proponentes. Excluirlo significaría desconocer las causales de inhabilidad al crear una inhabilidad no prevista, y los términos de referencia que constituyen ley del proceso de selección.(fl*.*24 a 28 c. ppal.1)

A su vez la Resolución 1522 que decidió los recursos de reposición formulados contra la Resolución 15051 enfatizó que la declaratoria de desierto del proceso de selección tuvo lugar ante la existencia de un hecho objetivo que afectó el proceso de selección e impidió la escogencia del contratista entre los participantes, el cual fue descrito en los siguientes términos:

(…) *por cuanto uno de los miembros de la unión temporal tuvo injerencia en la etapa preparatoria de los referidos términos de referencia, al aparecer como autor del documento que sirvió como base del que finalmente presentó la universidad para la invitación, en la que se solicitaban propuestas para la adjudicación del contrato para la gerencia de obra del proyecto SIU, hecho que le dio a la mencionada unión temporal una ventaja sobre los demás y que afecta el proceso de selección puesto que no permite una escogencia en igualdad de condiciones entre los proponentes, no porque los criterios utilizados concedieran, por sí mismos, una preferencia o establecieran una discriminación entre los posibles participantes, sino a que ellos fueron conocidos previamente por uno de los proponentes.* (fl. 17 c. ppal.1)

El *a quo* concluyó la legalidad del acto administrativo que declaró desierto el proceso de selección e infundados los cargos de invalidez invocados por la parte demandante al señalar que la Universidad *“al encontrar irregularidades en el diseño de los términos de referencia, no solo ponía en entredicho al consorcio incurso en ellas, sino además a todo el proceso en sí mismo, en aras de lo que significa el principio de transparencia. No era suficiente entrar a descalificar a uno de los participantes en el proceso de selección, sino al proceso de manera general, para preservar además otros principios como el de igualdad”.* Agregó a su vez: *“quien resulta demandante, no era el mejor dentro de los mejores en su propuesta y calidades, por lo que ello no garantizaba el que el contrato a adjudicar cumpliera con el propósito, que es el de la eficiencia dentro de los términos estatales.”* (fl. 364 a 365 c. ppal. 2).

En oposición a las consideraciones expuestas en el fallo de primera instancia, la parte demandante en sede de apelación indica que ante la precariedad del Estatuto de Contratación de la Universidad de Antioquia para regular los motivos que darían lugar a declarar desierto un proceso de selección, es preciso acudir a las normas que regulan la contratación de las entidades públicas para verificar la legalidad de la decisión adoptada en este caso por la entidad demandada. Bajo el contexto descrito, estima que en virtud de lo previsto en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, únicamente podrá declararse desierta la licitación o concurso por motivos que impidan la escogencia objetiva del contratista dentro del proceso de selección.

Para el apelante no existían, en el asunto *sub examine* razones de carácter objetivo que impidieran a la entidad adjudicar el contrato al consorcio demandante, en una eventual descalificación del proponente que si bien ocupaba el primer lugar de elegibilidad, tuvo conocimiento previo de los términos de referencia, al inicio del proceso de selección, en violación flagrante del principio de igualdad que regía la convocatoria.

Con el propósito de resolver el cargo de apelación formulado, la Sala debe considerar en primer lugar, que en tratándose del régimen bajo el cual esta cobijada la entidad demandada en materia de contratación, no es admisible considerar la remisión inicial que pretende el apelante en este caso, a la Ley 80 de 1993, para determinar la validez del acto que dispuso declarar desierto el proceso de selección, objeto de controversia.

En primer lugar, la Sala encuentra que el estatuto de contratación interno de la Universidad de Antioquia reguló los supuestos bajo los cuales la entidad estaba facultada mediante acto administrativo, para declarar desierto el proceso de selección.

El numeral iv del artículo 24 del Acuerdo Superior 095 de 1996, al normativizar el contenido del principio de transparencia dispuso la procedencia de la declaratoria de desierto del proceso de selección, únicamente en los siguientes eventos: i) por motivos que impidan la escogencia del contratista, ii) cuando sobrevienen razones de fuerza mayor, iii) o graves inconvenientes que impidan a la universidad cumplir la obligación contractual futura (Estatuto General de Contratación de la Universidad de Antioquia, aportado en copia auténtica, página 21, fl. 147 c. ppal. 1).

La causal invocada por la entidad demandada para culminar el proceso de selección iniciado con la convocatoria SIU-002 de 2001 apuntó a la existencia de motivos que impedían la escogencia del contratista, a saber, el conocimiento previo de uno de los miembros de la unión temporal participante de los términos de referencia en su etapa de elaboración.

Corresponde a la Sala establecer si la circunstancia aludida por la Universidad de Antioquia como motivo que impedía la escogencia del contratista, para declarar desierto del proceso de selección, lo fue en efecto, o era posible subsanar esta irregularidad a través de la exclusión del proponente que conoció previamente los términos de referencia, para a su vez, asegurar la adjudicación del contrato al demandante, como único proponente habilitado, en los términos referidos por el apelante.

Ha sido consistente la jurisprudencia en señalar que al encontrarse las universidades oficiales exceptuadas de la aplicación del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, los contratos que para el cumplimiento de sus fines institucionales celebren, estarán regidos por el derecho privado[[12]](#footnote-12). Ahora bien, esta condición de exclusión no las releva del sometimiento de sus actuaciones como entidades públicas, durante el procedimiento precontractual y contractual, a los principios de la función administrativa y los principios de la gestión fiscal consagrados constitucionalmente[[13]](#footnote-13).

En lo que atañe a los procesos de selección adelantados por entidades estatales no sometidas al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, la Sección Tercera ha concluido la observancia a los principios de la contratación estatal también en estos eventos:

*Todo lo expuesto impone señalar que aun cuando es posible que las referidas entidades estatales que no estén sometidas al régimen de contratación de la Ley 80 y consecuencialmente no están en el deber de adelantar procedimientos de selección con estricta sujeción a los términos y las etapas que en ese Estatuto se regulan con detalle, ello no quiere decir que los procedimientos precontractuales que igual deben adelantar las entidades estatales en mención puedan tramitarse con abierto desconocimiento de los mencionados principios (libre concurrencia, transparencia, imparcialidad, moralidad, igualdad). Lo dicho se traduce en que independientemente de las reglas que se adopten para la escogencia de su contratista, las mismas deben estar orientadas a brindar oportunidad efectiva, a través de la respectiva convocatoria, a todo aquel que se encuentre en la posibilidad de participar y tenga la intención de colaborar con esas entidades en la consecución de sus propósitos, para que pueda presentar su oferta y, naturalmente, para que la selección se realice de manera imparcial, objetiva y transparente, brindándole a todos los interesados y proponentes igualdad de trato.*

*En igual sentido y en respeto al aludido principio de igualdad, esas entidades deben garantizar la existencia de reglas claras, objetivas y precisas que además de consagrar los criterios de escogencia que han de aplicarse, deben permanecer inmutables e inalterables durante toda la etapa de selección de tal forma que los interesados tengan pleno conocimiento de las mismas y de la dinámica del procedimiento, para evitar que sean o asaltados en su buena fe cuando de manera injustificada y sin la debida publicidad esas reglas sufran una modificación unilateral por parte de la Administración o dejen de aplicarse para abrirle paso a la arbitrariedad o la subjetividad en la decisión[[14]](#footnote-14).*

Conviene precisar, además, que el proceso de selección promovido por la universidad demandada debía orientarse por los principios acogidos en la normativa interna en su artículo 23:

*Artículo 23. Principios en las actuaciones contractuales. Las actuaciones de quienes intervienen en la Contratación de la Universidad se desarrollan con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas actuaciones, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho civil y comercial.*

*Igualmente, la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial el deber de selección objetiva* (Artículo 23, Acuerdo Superior 95 de 1996).

Al amparo del deber de selección objetiva, la universidad estaba llamada a dirigir su actuación en consonancia con los parámetros previstos por el artículo 29:

*Los funcionarios de la Universidad, al contratar, tendrán en cuenta que la selección del contratista será objetiva, es decir, la Universidad por virtud de este principio, escogerá el ofrecimiento más favorable para el cumplimiento de los fines que ella persigue, sin tener en cuenta factores de afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

*La escogencia más favorable tendrá en cuenta factores tales como: precio, calidad, seriedad, tiempo de ejecución, cumplimiento, experiencia, equipos, organización, forma de pago, oportunidad de entrega, servicios posventa, y la ponderación de los mismos.*

*Para la selección, la Universidad cotejará los diferentes ofrecimientos recibidos con los estudios de las personas u organismos consultores o asesores, cuando hayan sido designados para ello.*

*En igualdad de condiciones, deberá preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de precios y condiciones, se tendrá en cuenta la experiencia y cumplimiento en contratos anteriores* (Artículo 29 Acuerdo Superior 95 de 1996).

En sentido similar, la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha pronunciado frente al contenido del principio de igualdad en el marco de la selección objetiva del contratista del Estado. A la luz de este principio, la Administración tiene el deber de asegurar la mayor concurrencia de oferentes, en un escenario que propicie condiciones equitativas para la presentación de sus propuestas y donde se proscriba cualquier tipo de discriminación injustificada, además de ello, está obligada a adoptar criterios objetivos para la escogencia de la oferta más favorable[[15]](#footnote-15).

Como desarrollo de la garantía fundamental consagrada en el artículo 13 de la Carta Política, el principio de igualdad implica “*el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones”[[16]](#footnote-16).*

A su vez la Sección Tercera ha precisado que los demás principios respecto de los cuales está orientada la actividad contractual, como la transparencia, la legalidad, la libre concurrencia, la publicidad y el deber de selección objetiva buscan como propósito principal garantizar el de igualdad[[17]](#footnote-17).

Descendiendo al asunto *sub examine,* se encuentran acreditadas con la comunicación del 31 de agosto de 2001, del Director General del Proyecto SIU, encargado de la elaboración de los términos de referencia para la convocatoria SIU-002 de 2001, al rector de la Universidad de Antioquia, las circunstancias presentadas durante la confección de las condiciones que a futuro se exigirían a los proponentes:

*La razón por la cual el nombre de la arquitecta Clara Inés Bustamante aparece tanto en el archivo electrónico que se envió a la Junta Asesora en Contratos en desarrollo de los preparativos para la reunión del 3 de agosto, como en el enviado el 8 de agosto a manera de registro de la forma final de la documentación de la convocatoria, obedece a un error desprovisto de mala fe por parte de la arquitecta o de los encargados por la Junta Directiva del Proyecto para elaborar los pliegos del concurso (la arquitecta Gloria Molina V, el ingeniero Jaime Horacio Londoño-Interventoría del proyecto SIU- y mi persona).*

*(…)*

*[L]a Junta Directiva del Proyecto, en su reunión del 16 de julio, me solicitó que rápidamente procediera a elaborar los términos de referencia y sugirió que tomase como documento de partida el pliego ya publicado para un concurso de Gerencia de un proyecto de regionalización en Caucasia. Iniciamos la búsqueda del archivo electrónico de ese documento, para hacer posible una edición ágil pensando en presentar la propuesta de convocatoria a la Junta Asesora del viernes julio 27. No encontramos dicho archivo ni en asesoría jurídica, ni en la oficina de sostenimiento ni en la oficina de regionalización y sólo conseguimos el documento en papel. Concluimos que el archivo electrónico no existía y que debíamos generarlo rápidamente con la ayuda de alguien que lo digitara ojalá esa misma noche. Solicitamos entonces la colaboración de la secretaria de la Arquitecta Bustamante para hacer la digitación del documento de Caucasia, y ella hizo su trabajo esa noche en el computador de esa oficina y me lo envió en un correo electrónico el 19 de julio a las 10:28 am. En las propiedades del archivo puede leerse que el documento se creó el 18 de julio a las 10:20 pm.*

Las circunstancias descritas constituyeron el fundamento fáctico de la Resolución Rectoral 15051 de 2001, en la cual el rector de la Universidad de Antioquia decidió declarar desierto el proceso de oferta abierto para la adjudicación del contrato de gerencia de obra del Proyecto SIU. La motivación expuesta en el referido acto administrativo indica que durante el proceso de evaluación de las propuestas recibidas, el director de la oficina de control interno informó a la Junta Asesora en contratos en sesión 114 del 24 de agosto de 2001, que el archivo electrónico contentivo de los términos de referencia elaborados para contratar la gerencia del proyecto de la Sede de Investigación Universitaria, identifica como autor a Clara Inés Bustamante Posada, que a su vez, es integrante de la Unión Temporal participante en la convocatoria, en asocio con el ingeniero Javier Echeverri Palacio.

Asimismo refiere la resolución en comento, que aunque se contara para la sesión 115 del 31 de agosto de 2001, de la junta asesora en contratos, con el informe de la comisión técnica en donde se recomendaba un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato, con un primer lugar para la unión temporal conformada por Javier Echeverri Palacio y Clara Inés Bustamante Posada con 814 puntos, frente a 490 puntos asignados al Consorcio Meridiano Ltda., y Germán Osorio Muñoz, “*el asunto no fue tratado por cuanto se consideró que en la elaboración de los Términos de Referencia, no existió respeto por el principio constitucional de la igualdad para quienes accedieran al proceso de selección.”*

Para la entidad, constituyendo los términos de referencia los elementos condicionantes para efectuar la adjudicación del respectivo contrato, las *“reglas de juego” a las que se someten tanto los oferentes como Ia respectiva entidad estatal”,* además de ser las *“directrices generales y específicas con arreglo a las cuales los oferentes deben realizar sus propuestas, y* obtener “*la claridad de los condicionamientos de la futura contratación”,* quien tiene a su cargo la elaboración de los términos de referencia, está obligado a “*velar por la claridad de los condicionamientos de la futura contratación y el respeto por el principio constitucional de igualdad para quienes accedan al proceso de selección”.* En consecuencia, el hecho objetivo del conocimiento de los términos de referencia por parte de uno de los miembros de la unión temporal participante da al traste con el proceso de selección, en la medida en que impide una escogencia en igualdad de condiciones entre los oferentes.

Concluyó que la aplicación estricta de los términos de referencia sin analizar las circunstancias presentadas durante su elaboración obligaría a la entidad a “*adjudicar al proponente que se encuentra en primer orden de elegibilidad, quien indirectamente participó en la elaboración de los “Términos de Referencia”, y los conoció antes que los potenciales proponentes, lo que implicaría ignorar la situación presentada que afecta la selección del contratista.”* (fl. 24 a 28 c. ppal.).

Respecto a los hechos acreditados conviene precisar que la etapa misma de confección o diseño de las herramientas que utilice la entidad estatal -sea cual fuere su denominación (pliegos de condiciones, términos de referencia, parámetros de la convocatoria) - en donde se fijen las condiciones y los requisitos para la selección de contratistas, vinculan a la administración con los participantes del proceso de escogencia, en tanto realizan los principios que rigen la actividad contractual[[18]](#footnote-18).

Como ejemplo, la Sala ha considerado que el pliego condiciones es *“un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes en el proceso de selección, cuya modificación solo es procedente en las oportunidades y con los límites que le impone el ordenamiento para garantizar la efectividad de los principios que informan las actuaciones administrativas, previo conocimiento e intervención de los participantes, lo que impone concluir que cualquier modificación al pliego de condiciones, antes del cierre de la licitación, deberá consultar en cada caso los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva”[[19]](#footnote-19)*.

En un sentido similar han de entenderse las reglas contenidas en los términos de referencia que diseñe una entidad estatal como la universidad demandada aunque se encuentre exceptuada del régimen de derecho contemplado por el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando las reglas del proceso de selección den cumplimiento a las normas que deben regirlo y desarrollen los principios a los que se ha hecho alusión. En caso contrario, al estructurarse estas condiciones en claro desconocimiento de los principios que orientan la selección de contratistas, indefectiblemente el proceso estará viciado desde su inicio en tanto no es posible considerar una escogencia objetiva de la mejor oferta en eventos de desigualdad de trato a los proponentes, propiciados por la misma entidad.

Es cierto que el fin por excelencia de un proceso de selección de contratistas es su culminación satisfactoria a través de la adjudicación del contrato a la oferta más favorable para la entidad. No obstante, por excepción la entidad está llamada a concluir la convocatoria a través de la declaratoria de desierto del proceso cuando ocurren circunstancias objetivas –no motivaciones subjetivas, ni por conveniencia- que impiden la escogencia del contratista.

La incorporación irregular de los términos de referencia, conforme se encuentra demostrado en el presente caso, en donde los funcionarios encargados de su elaboración construyeron los mismos a partir de un modelo diseñado con anterioridad por uno de los integrantes de la unión temporal participante en la convocatoria SIU-002 de 2001, que fuera suministrado en la época de desarrollo de la última convocatoria referida, cubre con un manto de duda la selección, en la medida en que fue enterado, ya sea indirectamente, de las condiciones que iban a ser requeridas por la entidad, para seleccionar al proponente, potencial adjudicatario de la contratación futura.

La Sala advierte que una conducta de la administración conteste con el principio de igualdad, imperante en el proceso de selección de contratistas, no permitiría que los términos de referencia se diseñen en asocio con alguno de los futuros proponentes, si la intención de la entidad es propiciar una atmósfera en la que todos los oferentes reciban el mismo tratamiento y en igualdad de condiciones participen en la convocatoria, de la cual se espera una culminación satisfactoria con la adjudicación del contrato a la propuesta más favorable que responda a los requerimientos técnicos, económicos y jurídicos que en honor al principio de transparencia se hayan dispuesto.

Ante la ausencia de un escenario de igualdad, desde la etapa de confección de los términos de referencia que regirían la convocatoria SIU-002 de 2001, para la Sala no es posible considerar la indemnidad del proceso de selección, *contrario sensu,* resultaba procedente, como en efecto fue dispuesto por el rector de la universidad demandada, declarar desierto el proceso, debido al nacimiento deformado de las reglas de selección que edificaron, desde su conocimiento previo, una ventaja a favor de un proponente por encima de los demás. El panorama descrito impedía una escogencia del contratista desde criterios objetivos.

La intangibilidad de los reglas de la convocatoria está dada porque en su conformación se asegura el cumplimiento de la ley y de los principios que orientan la actividad contractual de la administración, por ende, cuando se desconocen las normas que le dan sustento, no es posible otorgarle a los términos de referencia ese carácter vinculante.

Para la Sala resulta improbable asegurar una escogencia objetiva del contratista, cuando el carácter vinculante de los términos de referencia, como norma de la convocatoria, se ve desdibujado por una actuación irregular de la administración que pone en conocimiento información relativa a las condiciones que se exigirían a los proponentes, a quien tenía la expectativa de participar en la misma.

Ahora bien, tampoco es admisible aceptar que esta irregularidad podía subsanarse con la exclusión del proponente que conoció previamente los términos del proceso de selección y que según el orden elegibilidad propuesto por la junta asesora de contratos ocupaba el primer lugar, para dar paso a la adjudicación del contrato al consorcio demandante que fue ubicado en un segundo lugar, por cuanto las reglas que se utilizaron para asignar el orden de elegibilidad, se construyeron mediante una actuación anómala de la administración, en clara violación del principio de igualdad.

En consonancia con lo expuesto, para la jurisprudencia, *“cuando se adelanta un proceso de selección viciado, irregular, ilegal, de él no puede derivarse una adjudicación legal y válida para ninguno de los participantes*”. A manera de ejemplo, cuando se presentan hechos que impiden una evaluación válida de las ofertas presentadas –irregularidades en el pliego de condiciones que sirvió como parámetro para realizar la evaluación-, que a su vez imposibilitan una selección objetiva, no puede desprenderse de ese procedimiento, una decisión favorable, válidamente expedida a favor de ningún proponente[[20]](#footnote-20).

La Sala encuentra que ante la falta de prosperidad de los cargos de nulidad propuestos por la parte actora contra el acto administrativo que declaró desierto el proceso de selección adelantado por la Universidad de Antioquia mediante convocatoria SIU-002 de 2001, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Si bien se ha aceptado jurisprudencialmente que *“en materia contencioso administrativa, la obligación indemnizatoria en la etapa precontractual puede tener origen en la ilegalidad de la actuación administrativa que genera la nulidad del acto previo o en un hecho con relevancia jurídica que puede ocasionar daños, por el incumplimiento de las pautas que informan la buena fe y los deberes secundarios de conducta durante la etapa preliminar o de formación del contrato”* lo cual permite que, *“según las circunstancias específicas, las pretensiones se pueden orientar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de la acción de controversias contractuales o de la acción de reparación directa”[[21]](#footnote-21)*, en el caso particular, la *causa petendi* se restringió a la pretensión principal de nulidad del acto que declaró desierto el proceso de selección y como consecuencia de su anulación al restablecimiento, concernido al reconocimiento de los perjuicios materiales por concepto de daño emergente y lucro cesante expresados en la utilidad dejada de percibir, los gastos de elaboración de la propuesta y los demás perjuicios que se encontraran acreditados en el proceso. Así las cosas, ante la falta de prosperidad de la pretensión de nulidad, no resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios reclamados por esta causa.

4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 6 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Subsección**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

 **Magistrado Magistrado**

1. El consorcio se encontraba conformado por la sociedad Meridiano Ltda., y Germán Osorio Muñoz (fls. 53, documento denominado “convenio para la formación de consorcio Meridiano Ltda. y Germán Osorio Muñoz del 16 de agosto de 2001). La representante legal de la sociedad Meridiano Ltda. y German Osorio Muñoz otorgaron poder para demandar (fls. 1 a 2, c. ppal.) [↑](#footnote-ref-1)
2. La Universidad de Antioquia es una institución de educación superior creada por la Ley 71 de 1878, reconocida como universidad mediante Decreto 1297 de 1964, organizada como ente universitario autónomo con régimen especial y vinculado al Ministerio de Educación Nacional –artículo 57 de la Ley 30 de 1992–. [↑](#footnote-ref-2)
3. La pretensión pecuniaria reclamada por la parte demandante se contrae al reconocimiento de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) causados al oferente Consorcio Meridiano Ltda.-Germán Osorio Muñoz, expresados en la utilidad dejada de percibir, los gastos de la elaboración de la propuesta y en general los perjuicios que se acrediten en el proceso (fl. 109 c. ppal.). En el acápite correspondiente a la estimación de la cuantía, se reclama por concepto de costos directos de la propuesta la suma de ciento sesenta y dos millones trescientos ochenta y cuatro mil pesos ($162.384.000), que excede el monto exigido para que el proceso tenga vocación de doble instancia ($143.0000.000 para el año 2001). [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 40260, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-4)
5. De conformidad con lo previsto en el literal iv) del numeral 6) del artículo 24 del Acuerdo Superior 095 del 21 de octubre de 1996, la declaratoria de desierto del proceso de escogencia de contratista se cataloga como acto administrativo (Documento recuperado el 30 de marzo de 2020 en <https://normativa.udea.edu.co/Documentos/Consultar>). [↑](#footnote-ref-5)
6. El artículo 69 de la Constitución Política de Colombia dispone: *“Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.*

*“La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.*

*“El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.*

*“El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.”* [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 28, Ley 30 de 1992. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículo 93, Ley 30 de 1992. [↑](#footnote-ref-8)
9. De conformidad con lo previsto en el literal iv) del numeral 6) del artículo 24 del Acuerdo Superior 095 del 21 de octubre de 1996, la declaratoria de desierto del proceso de escogencia de contratista se cataloga como acto administrativo (Documento recuperado el 30 de marzo de 2020 en <https://normativa.udea.edu.co/Documentos/Consultar>). [↑](#footnote-ref-9)
10. *El artículo 61 de la Ley 30 de 1992 dispone: “**ARTÍCULO 61. Las disposiciones de la presente Ley relativas a las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior, constituyen el estatuto básico u orgánico y las normas que deben aplicarse para su creación, reorganización y funcionamiento. A ellas deberán ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos que debe expedir cada institución.*

*Aquellos establecerán cuáles de sus actos son administrativos y señalarán los recursos que proceden contra los mismos.”*  [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 29 del Acuerdo Superior 095 del 21 de octubre de 1996 reguló el deber de selección objetiva que en materia de contratación rige a la institución universitaria (Estatuto General de Contratación de la Universidad de Antioquia, página 25 folio 147). [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de abril de 2005, Exp. 14519, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, y a su vez, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, Exp. 49305, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-12)
13. Así lo consideró, al referirse en general a las entidades exceptuadas del régimen de contratación previsto por la Ley 80 de 1993, la Subsección B, en sentencia del 29 de agosto de 2013: “*Sin perjuicio de lo anterior, la Sala debe recordar que la aplicación de un régimen privado a un contrato estatal, que en principio significa que este no puede contener mayores requisitos en su celebración, perfeccionamiento y ejecución a los que son exigidos a los acuerdos entre particulares, no puede servir como justificación del desconocimiento e inaplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y en tal sentido, aun cuando no sean previstos en las leyes civiles y comerciales correspondientes a cierto tipo de negocio jurídico, el contrato estatal debe contener elementos que permitan su efectivización.”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 25892, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de febrero de 2014, Exp. 28209, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de diciembre de 2015, Exp. 31915, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-16)
17. En este sentido consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 15324, M. P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de septiembre de 2015, Exp. 31754, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 16209, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 26 de noviembre de 2014, Exp. 31297, M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-21)