

1027



000073

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02768-01(25340)

Actor: CONSORCIO VARELA FIHOLL Y CIA. LTDA., Y OTRAS

Demandado: UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 4 de junio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B" mediante la cual se dispuso:

PRIMERO.- Declarase no probada la excepción propuesta.

SEGUNDO.- Declarase la nulidad de la resolución No 1064 de septiembre 29 de 1999 proferida por la Universidad Militar Nueva Granada mediante la cual se adjudicó la licitación pública No 004/99.

TERCERO.- Condénese a la Universidad Militar Nueva Granada a pagar al Consorcio demandante la suma de Ciento Cincuenta y Tres Millones Doscientos Cuarenta y Un Mil Novecientos Cuarenta y Seis Pesos con 11/100 M/CTE (\$153.241.946.11), por concepto del valor actualizado sobre la utilidad dejada de percibir.

CUARTO.- Denieganse las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A. Sin condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 11 de noviembre de 1999,¹ las Sociedades: (i) Varela Fiholl & Compañía

¹ Folios 22 a 41.C. 1.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

Limitada; (ii) Sáenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles Ltda.; y (iii) Organización Coninsa & Ramón Hache S.A. – antes Constructores Ingenieros Arquitectos S.A. – Coninsa S.A. – integrantes del Consorcio Varela –Sáenz – Coninsa -, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, formularon demanda contra la Universidad Militar Nueva Granada, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1.- Que se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en el acta de la audiencia pública de la Licitación Pública 004 de 1999 de septiembre 15 de 1999, suscrita por el Coronel ® Augusto Pradilla Giraldo, rector de la Universidad Militar “Nueva Granada” y por el Mayor ® Hernando Carrasco Ospina, Jefe de la División de Servicios Generales de la misma entidad, por medio de la cual, la Universidad Militar “Nueva Granada”, estableció la evaluación final de las propuestas presentadas en desarrollo de la mencionada Licitación Pública 004 de 1999, abierta mediante Resolución N° 546 de mayo 21 de 1999 del Rector de dicho establecimiento educativo.

1.2 “Que se decrete la nulidad de la Resolución No 1064 de septiembre 29 de 1999 proferida por el rector de la Universidad Militar “Nueva Granada”, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No 004 de 1999, cuyo objeto fue la construcción del edificio de aulas de pregrado en la sede principal de dicho establecimiento educativo.

1.3. “Que como consecuencia de las declaraciones de nulidad antedichas, se decrete la nulidad del contrato celebrado entre la Universidad Militar “Nueva Granada”, por una parte y el Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, por la otra, cuyos integrantes son Inversiones Orbita Asociados, Promotora Apotema S.A., y Cicgeomática S.A., contrato que fue suscrito en cumplimiento de la Resolución No 1064 de septiembre 29 de 1999 proferida por el Rector de la Universidad Militar “Nueva Granada”, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública No 004 de 1999.

1.4. “Que se decrete que la propuesta presentada por el Consorcio Varela – Sáenz – Coninsa a la Universidad Militar “Nueva Granada”, para la Licitación Pública 004/99 abierta por la Universidad Militar “Nueva Granada”, para la construcción del edificio de aulas de pregrado en su sede principal, era la más favorable para dicha Universidad frente a todas las demás propuestas presentadas con ocasión de dicha licitación.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

000074

1.5. "Que se restablezca en su derecho a Varela Fiholl & Compañía Limitada; a Sáenz Ruíz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., y a Organización Coninsa & Ramón Hache S.A., condenándose a la Universidad Militar "Nueva Granada", a pagar a los demandantes, la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales, tanto el daño emergente, como el lucro cesante, sufridos por las 3 sociedades aquí mencionadas por razón de no habersele adjudicado al consorcio integrado por ellas, la Licitación Pública No 004 de 1999... y que resulten probados dentro del proceso, debidamente actualizado el valor de dichos perjuicios en su poder adquisitivo con el IPC certificado por el Dane o por la entidad que haga sus veces desde la fecha de admisión de la demanda hasta la fecha en que se verifique el pago.

1.6. "Que se condene a la Universidad Militar "Nueva Granada", a pagar a las demandantes, intereses liquidados a la tasa bancaria corriente desde el día 30 de noviembre de 2000 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, sobre el valor actualizado a 1° de enero de cada año calendario siguiente al 2000 de los perjuicios reconocidos por la sentencia.

1.7.- "Que se condene en costas a la entidad demandada".

2.- Los hechos.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación se relacionan, sintetizados por el a quo así:

2.1. La Universidad Militar "Nueva Granada", mediante resolución No 546 de 21 de mayo de 1999, ordenó la apertura de la Licitación Pública No 004/99, cuyo objeto era la construcción del edificio de aulas de pregrado en la sede principal de la universidad.

2.2. Al cierre de la licitación se presentaron 6 propuestas por las firmas: Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, Arquitectos e Ingenieros Asociados A.I.A., Consorcio Varela -Sáenz -Coninsa, Vindico S.A., Constructora Galias S.A., y Oikos Sociedades de Inversiones S.A.

2.3. Una vez conformado el Comité para revisión de pliegos, ofertas, evaluación y recomendación de adjudicación, éste cumplió su cometido y se dieron a conocer los informes de evaluación a todos los proponentes. El 15 de septiembre de 1999 se llevó a cabo la audiencia pública dentro de la cual se atendieron las observaciones a las evaluaciones y se determinaron los puntajes para cada uno de los proponentes, así: (i) Consorcio Proyectos Nuevo Milenio 919.56; (ii) Consorcio Varela Sáenz Coninsa 910.98 puntos de los cuales: 140 corresponde al análisis financiero y 770.98 al aspecto económico, de plazo y de programación y



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cía Ltda.

(iii) a la Sociedad Oikos Sociedad Inversiones se le asignó 701.96, las otras firmas no obtuvieron puntaje.

2.4.- El 29 de septiembre de 1999, el rector de la Universidad Militar "Nueva Granada" expidió la Resolución No 1064 mediante la cual se adjudica el contrato relativo a la licitación pública N° 004/99 al Consorcio Proyectos Nuevo Milenio.

2.5.- Que en la evaluación de la propuesta de la parte actora, en el aspecto "análisis financiero" se incurrió en un error toda vez que respecto del consorciado Organización Coninsa se tomó como activo corriente el valor de \$ 15'607.327, en lugar de \$ 15.607'327.000 y por pasivo corriente el valor de \$ 6.633.359 cuando correspondía a \$ 6.633'359.000, igual sucedió al tomarse erróneamente el patrimonio por un valor de \$ 8.704.608 cuando se debió tomar \$ 8.704'608.000, lo cual si se hubieran tomado correctamente en puntaje por este concepto arrojaría 200 puntos y no el asignado de 140. Para finalmente resultar un puntaje total de 970.98 puntos, muy superior al puntaje obtenido por la adjudicataria.

2.6.- Que en reunión celebrada el 2 de noviembre de 1999, y ante las diversas inquietudes manifestadas por el representante legal del consorcio respecto de la errada calificación del aspecto financiero, "el rector de la Universidad Militar Coronel Augusto Pradilla Giraldo, reconoció de manera expresa que en la evaluación del aspecto financiero el Consorcio Varela - Sáenz- Coninsa dentro de la licitación pública No 004/99, la Universidad cometió el error de tomar equivocadamente en pesos, en lugar de tomarlos en miles de pesos, los datos de activo corriente, pasivo corriente y patrimonio, explicando que dicho error se cometió de buena fe y con fundamento en los conceptos de sus asesores".

2.7 - En otra reunión llevada a cabo el 4 de noviembre del mismo año, el rector reconoce nuevamente el error de evaluación cometido pero "expresó que resultaba imposible conciliar las diferencias ocurridas entre la Universidad y el Consorcio Varela - Sáenz- Coninsa cediéndole a este el contrato ya celebrado con el Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, puesto que este último se había negado al efecto y que la Universidad estaba dispuesta afrontar cualquier demanda o litigio".

3.- Actuación Procesal.

3.1 - Mediante auto de 9 de diciembre de 1999², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, admitió la demanda y dispuso la notificación personal al representante legal de la Universidad Militar "Nueva Granada," al

² Folio 44. C. 1.



- 000075

25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

Agente del Ministerio Público y ordena la vinculación al proceso como litisconsorte necesario al Consorcio Proyectos Nuevo Milenio – adjudicatario de la licitación -; ordena la fijación en lista y reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2 Contestación de la demanda

3.2.1. Oportunamente la Universidad Militar Nueva Granada mediante apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en razón a que carecen de fundamentación fáctica y jurídica. Respecto a los hechos aceptó unos, no constarle otros y estarse a lo probado y negó otros. Propuso como excepción de fondo la que denominó "Falta de personería jurídica de la Universidad Militar Nueva Granada", al precisar que *"...la naturaleza jurídica de la Universidad Militar Nueva Granada, es conforme a los documentos que se anexan en el numeral 2° del acápite de pruebas, una Unidad Administrativa sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional...En conclusión el sujeto pasivo de la pretensión sería: La Nación – Ministerio de Defensa – Universidad Nueva Granada..."*.³

3.2.2. El litisconsorte necesario Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, se notificó por conducto de curador ad litem,⁴ quien en escrito presentado el 26 de febrero de 2001⁵ contestó la demanda, aceptando unos hechos y negó otros; oponiéndose a las pretensiones de la demanda y planteó como excepción la de "inepta demanda por no corresponder el sujeto pasivo de la pretensión".

3.3.- Por auto de fecha 24 de abril de 2001⁶, se abre el periodo probatorio y por auto fechado 18 de junio de 2002⁷, se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.3.1.- La parte demandante en escrito presentado el día 08 de julio de 2002⁸, alega de conclusión haciendo un recuento de las pruebas allegadas al expediente, concluye diciendo que, *" (...) la ilegalidad de la adjudicación impugnada radica en el hecho que la Administración se equivocó al calificar el puntaje correspondiente al Aspecto Financiero de la parte demandante, en contravención a los criterios señalados para el efecto en el Pliego de Condiciones; habida cuenta que la adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional, sino reglada, dicho yerro haya sido doloso o meramente culposo, vicia de ilegalidad la*

³ Folios 76 a 84, ib.

⁴ Folios 61 a 69, ib.

⁵ Folios 115 a 118, ib.

⁶ Folios 124 y 125, ib.

⁷ Folio 172, ib.

⁸ Folios 173 a 191, ib.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

adjudicación...El experticio referido, al responder la pregunta de la demanda, que pidió que "se evalúe y califique conforme a la ley 80 de 1993, el pliego de condiciones y demás aspectos documentales pertinentes...", dictaminó que "para contestar esta pregunta nos remitimos a lo expresado al responder la última pregunta del cuestionario presentado por la parte demandante y que estamos transcribiendo: los suscritos peritos...concluimos que la propuesta presentada por el Consorcio Varela Sáenz Coninsa, obtuvo en este aspecto (el financiero) un total de doscientos (200) puntos y por consiguiente el puntaje total ascendió a 970.98, obteniendo así el mayor puntaje con relación a las seis propuestas presentadas"...La actuación de la demandada privó a la parte demandante de obtener los beneficios derivados de la normal ejecución del contrato resultante de la licitación y de la utilidad que pretendía reportar...".

3.3.2.- La parte demandada en escrito presentado el 03 de julio de 2002⁹, alegó de conclusión insistiendo que la Universidad Militar Nueva Granada es una Unidad Administrativa sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional". En consecuencia solicita se declare fundada la excepción de fondo propuesta en cuanto a la falta de personería jurídica de la Universidad Militar Nueva Granada o en subsidio rechazar las pretensiones de la demanda y absolver a la Universidad Militar Nueva Granada.

4.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, en sentencia dictada el 04 de junio de 2003¹⁰, accede parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso concluye diciendo que "(...) 2. Como se comentó anteriormente el ente demandado se opuso a las pretensiones y propuso medio-exceptivo falta de legitimación en la causa por pasiva, que en criterio de la Sala no tiene prosperidad toda vez por disposición legal el rector tiene la facultad de representar a la Universidad, en los juicios administrativos adelantados por responsabilidad contractual. En efecto, de conformidad con el acuerdo No 1 de julio 25 de 2000 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional mediante el cual se delegan funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial y constitucional en el artículo 5° señala: "Delegar en el rector de la Universidad Militar "Nueva Granada" las siguientes funciones: 1. La facultad de representar a la

⁹ Folios 192 a 194, ib.

¹⁰ Folios 201 a 218. C. 2ª instancia.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

0000076

Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Universidad Militar Nueva Granada en los procesos contenciosos administrativos que tengan por objeto los actos administrativos expedidos por dicha universidad...”

“(...)

Comparte la sala la acusación presentada por el Consorcio Varela Fiholl & Cia. Ltda., pues pese a ser la más favorable a la entidad, no fue seleccionada por haberse realizado la evaluación financiera del consorciado CONINSA, sin tener en cuenta la especificación contemplada en el balance financiero, el cual refería que las cifras se encontraban en miles de pesos.

En efecto, el numeral 7.2.6. Análisis Financiero del pliego de condiciones un puntaje total de 200 puntos, el cual sería evaluado teniendo en cuenta los siguientes parámetros: capital de trabajo 50 puntos, patrimonio 50, liquidez 50 y endeudamiento a corto plazo, en igual forma 50 puntos.

De suerte entonces que la calificación dada en el concepto de Análisis Financiero no se ajustó a los parámetros de los pliegos, toda vez que las cantidades correctas eran superiores a las que equivocadamente fueron tenidas en cuenta para hacer la proporción. En efecto, el capital de trabajo del consorcio estaba por encima del 100% del patrimonio oficial. El patrimonio, muy superior a 14.000 SMLMV y el endeudamiento era menor de 1. Por lo que debió asignársele el puntaje máximo de 200 puntos, y con ello la propuesta del demandante ocupaba el primer lugar con un puntaje total de 970.98.

“(...)

De otro lado, el decreto 2649 de 1993, el cual reglamenta la contabilidad en general, en su artículo 50 señala que la moneda funcional en Colombia es el peso y que “las transacciones realizadas en otras unidades de medida deben ser reconocidas en la moneda funcional, utilizando la tasa de conversión aplicable”, en el artículo siguiente establece claramente que en el evento de que los activos y pasivos fuesen presentados en otras monedas, deben ser reexpresados en la moneda funcional.

“(...)

Por lo tanto, en consideración de la Sala, los balances financieros suministrados por el consorciado CONINSA cumplieron con las normas contables vigentes dado que se determinó la cantidad en pesos y no en otra moneda ni en fracciones. La oferta, lo que hizo fue determinar, en forma expresa, que las cantidades se darían en miles de pesos y para ello simplemente retiró los tres ceros de la derecha. Pero es que, de la simple lectura del balance de las otras dos firmas que hacían parte del consorcio se podía inferir, sin dificultad alguna, que las cifras suministradas por CONINSA no podían ser en unidades de pesos sino en unidades de miles de pesos.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

"(...)

5. La prosperidad de la causal de nulidad conlleva necesariamente a ordenar el restablecimiento del derecho, que en éste caso solo procede al pago de la utilidad que dejó de percibir el oferente mejor calificado. No procede la devolución de los gastos por cuanto de haber sido la adjudicataria esos no son reembolsables.

Se observa en la propuesta del actor que el valor de la utilidad esperada, en el evento de haber sido el adjudicatario, era del 6%, sobre el valor del costo directo que correspondía a una suma de \$ 1.934.873.057, es decir, que debió haber obtenido una utilidad equivalente a \$ 116.092.383.42, suma que deberá ser actualizada a la fecha de esta sentencia, teniendo como índice inicial el mes de octubre de 1999, fecha en la cual se suscribió el contrato.

"(...)".

5.- El recurso de apelación.

El día 11 de junio de 2003, la parte demandada interpone recurso de apelación, el cual previo traslado, es sustentado el 19 de septiembre del mismo año¹¹, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, no se acceda a las súplicas de la demanda.

El apoderado de la parte demandada sustenta el recurso de apelación, relatando los antecedentes del proceso y reiterando que "(...) en la transcripción de la norma que subraya y destaca el Juez de primera instancia, es muy contundente en señalar que la representación del rector de la Universidad en los procesos contenciosos administrativos y en los procesos de jurisdicción coactiva, es para representar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional Universidad Militar Nueva Granada y no en forma aislada a la Universidad, pero el actor del proceso demanda directamente a la Universidad Militar y no a la Nación, ni al Ministerio de Defensa, cuando la Universidad Militar es apenas un ente intersubjetivo, que carece totalmente de personería jurídica, por hacer parte de la misma Nación, al momento de la presentación y aceptación de la demanda.

"(...)

Así las cosas, la Universidad Militar carece de personería jurídica y por el mecanismo de la delegación, donde una autoridad transfiere a otra autoridad una determina competencia o función, no se le puede otorgar personería jurídica a una institución que carece de ella...Luego la demanda fue inepta y la excepción debió prosperar...

"(...)

¹¹ Folios 220, 230 a 237. C. 2ª instancia



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

000077

El núcleo del problema en que se sustentó el demandante y que constituye en rigor de los términos, el único cargo, es el relacionado con evaluación financiera de la Licitación Pública No 04 de 1999, materia del cuestionamiento, por cuanto al decir del actor "los estados financieros" deben presentarse en unidades de miles, tesis que fue apoyada y aprobada por el Juez de Primera Instancia, como resultado del proceso en la sentencia.

En nuestra condición de demandado sostenemos la antítesis, es decir, que los balances y estados financieros deben presentarse en **unidades de pesos**, fundamentamos esta afirmación con base en los siguientes argumentos:

- a) Los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No 004 de 1999, estableció que la documentación financiera requerida, entre otros, eran los estados financieros completos, en cumplimiento a la norma que hace referencia a los estados financieros de propósito general (Ley 222 de 1995, Art. 34 y Art. 21 Decreto 2649 de 1993): "En el ordinal 2.3.2. Contenido de la propuesta, numeral 2.3.2.1 ordenamiento de la Documentación en el literal U) del pliego de condiciones citado se señala "Documentación Financiera requerida: declaraciones de renta, **estados financieros completos** de los 2 años".

Donde se concluye que por ninguna parte se estipuló que estas cifras deben presentarse en unidades de mil y el pliego de condiciones, como se sabe es la ley de la licitación.

- b) Con base en los pliegos de condiciones, la mayoría de los proponentes presentaron los balances en pesos, inclusive hay un hecho notorio y curioso con relación al Consorcio demandante, que estaba conformado por tres (3) miembros, dos (2) de ellos... presentaron los estados financieros en pesos y no en unidades de mil, lo que prueba en forma contundente, sin aspavientos, ni estadísticas, ni cuadros distractores, que el concepto dominante con base en la ley es, que la unidad monetaria para valorar y unidad de cuenta del país, es el peso emitido por el banco emisor, constituida por billetes y moneda metálica, con las denominaciones que determine la Junta Directiva, y es el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado.

"(...)

Conviene precisar que los estados financieros que deben presentarse en un evento como la licitación, deben ser los de propósito general, porque a través de ellos se revela todo tipo de información con base en los libros de contabilidad, en donde no es viable suprimir los centavos y son estos balances o estados financieros de propósito general, los que se estructuran



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

con el ánimo de satisfacer el interés común y los que van dirigidos a usuarios indeterminados.

"(...)"

6.- Actuación en segunda instancia.

6.1. El recurso fue admitido el 30 de enero de 2004¹² y luego por auto de 19 de marzo del mismo año se ordenó el traslado para alegar¹³, término dentro del cual la parte demandante¹⁴ reitera los argumentos que ha venido esgrimiendo a lo largo del proceso, en el sentido de señalar que la administración se equivocó al calificar el puntaje correspondiente al aspecto financiero de la parte demandante, en contravención a los criterios señalados para el efecto en el pliego de condiciones. De la misma manera la parte demanda, insiste en la excepción de falta de la legitimación en la causa por pasiva, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia¹⁵.

6.2. Concepto del ministerio público

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación, rindió el concepto respectivo, diciendo que *"...Del acervo probatorio aportado, los estados financieros presentados por el demandante (numeral 3.1.2 y 3.1.3.) y la calificación que de conformidad con las reglas del pliego de condiciones, era obligatorio adjudicar el contrato al consorcio demandante. Sin embargo, por error en la calificación asignada por la administración al aspecto financiero de la propuesta de la demandante, se le otorgó al Consorcio Varela Sáenz Coninsa un puntaje total de 910.98 puntos, menor al de 970.98 que debió obtener de acuerdo con las reglas del pliego. No escogió el ofrecimiento más ventajoso, por lo que se violaron los principios de transparencia y selección objetiva.*

Los soportes tenidos en cuenta para la decisión que tomó la Universidad Militar son errados dado que las cifras del balance general de una de las firmas del consorcio demandante, organización Coninsa, los cuales con claridad se encontraban expresadas en miles de pesos, fueron tomados de esa manera, situación que llevó a que la calificación no fuera la máxima otorgada, hecho que le significó quedar en el segundo lugar.

"(...)"

La prosperidad de la causal de nulidad conlleva necesariamente a ordenar el restablecimiento del derecho, pero en este caso sólo procede al pago de la

¹² Folio 239, ib.

¹³ Folio 241, ib.

¹⁴ Folios 242 a 260, ib.

¹⁵ Folios 262 a 269, ib.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

000078

utilidad que dejó de percibir el oferente; no la devolución de gastos por cuanto de haber sido el adjudicatario, esos gastos no serían reembolsables...¹⁶.

7.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Esta Subsección procederá a analizar i) Competencia; ii) La acción incoada; (iii) los hechos probados en el proceso y el estudio del caso concreto.

7.1. La competencia para conocer del caso objeto de estudio

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el sub examine, la cuantía exigida para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, para la época de presentación de la demanda - 11 de noviembre de 1999¹⁷ -, era de \$ 4.312.000.00 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$ 417.088.465.00¹⁸, equivalentes al valor de los perjuicios económicos reclamados.

7.2. La acción incoada.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada para ventilar este caso, estuvo orientada a obtener la declaratoria de nulidad: (i) del acto administrativo contenido en el acta de audiencia pública de la Licitación Pública n° 004 de 15 de septiembre de 1999, expedida por el rector de la Universidad Militar "Nueva Granada", por medio de la cual se estableció la evaluación final de las propuestas presentadas en desarrollo de la citada licitación; (ii) de la resolución n° 1064 del 29 de septiembre de 1999 expedida por el rector de la Universidad Militar "Nueva Granada", mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública n° 004 de 1999; (iii) la nulidad del contrato celebrado entre la Universidad Militar Nueva Granada y el Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, en cumplimiento de la Resolución n° 1064 del 29 de septiembre de 1999...(iv)...(v) Que se restablezca

¹⁶ Folios 276 a 282, ib.

¹⁷ Fecha presentación demanda. Folio 41. C. 1.

¹⁸ Folio 40. C. 1.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

en su derecho a Varela Fiholl & Compañía Ltda., Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., y Organización Coninsa & Ramón Hache, condenándose a la entidad demandada a pagar a los demandantes, la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales, tanto el daño emergente, como el lucro cesante, sufridos por los demandantes por no haberseles adjudicado la licitación pública; entre otras peticiones.

Si bien es cierto que al momento de expedirse los actos administrativos cuyas nulidades se persiguen en los numerales primero y segundo de las pretensiones de la demanda – proferidos el 15 de septiembre de 1999 y 29 de septiembre del mismo año - ya se encontraba en vigencia el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la cual entró en vigencia el 8 de julio de ese mismo año, y el actor podía haber demandado los actos administrativos que se produjeron con motivo u ocasión de la actividad contractual, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, **“antes que se adjudicara el respectivo contrato”**, porque una vez ocurrida esto, quien esté legitimado para impugnarlos, **sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual.**

En el sub lite, si bien se dice que se ejercita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, del contexto de la demanda y de la labor interpretativa a que está obligado el juzgador para desentrañar su sentido en aras de la efectividad del derecho sustancial, por encima de la ritualidad procesal, lo que se evidencia, es que pese a la denominación que se le dio a la acción por parte del demandante, la acción efectivamente ejercida es la acción contractual, pues dentro de una de las pretensiones de la demanda se solicita la declaratoria de nulidad del contrato celebrado entre la Universidad Militar Nueva Granada y el Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, en cumplimiento de la Resolución n° 1064 del 29 de septiembre de 1999, porque tal como se anotó, “una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”, teniendo como fundamento el numeral 4° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato”, tal como aquí acontece.

7.3. Hechos probados.

Del acervo probatorio allegado al proceso se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:



000079

25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

7.3.1. La Universidad Militar "Nueva Granada", mediante resolución No 546 de 21 de mayo de 1999, ordenó la apertura de la Licitación Pública No 004/99, cuyo objeto era la construcción del edificio de aulas de pregrado en la sede principal de la universidad.

7.3.2. A folios 40 a 87 del cuaderno de pruebas No 4 obra copia de los pliegos de condiciones de la licitación pública nacional No 004 de 1999 de la Universidad Militar Nueva Granada para la construcción del Edificio de la Nueva Sede de las Aulas de Pregrado en la sede principal de la citada universidad. Del citado documento se destaca lo siguiente:

"(...) 1.5. CALIDADES DE LOS OFERENTES

"Podrán participar en esta licitación las personas naturales y jurídicas en forma independiente o constituyendo Consorcio o Uniones Temporales, que adquieran el pliego de condiciones y cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 6 de la Ley 80 de 1993..."

"(...)

Las propuestas presentadas por personas jurídicas deben estar suscritas por el Representante Legal con facultades específicas para contratar y comprometer a la sociedad en cuantía igual o superior al valor de la oferta".

"(...)

1.5.1. Consorcios o Uniones Temporales

La Universidad Militar acepta que dos o más personas, naturales o jurídicas, presenten la propuesta en consorcio o en unión temporal, sujetándose en todo lo señalado en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Decreto 856 de 1994..."

"2.3.2. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

2.3.2.1. Ordenamiento de la documentación

A)...U) Documentación Financiera requerida: declaraciones de renta, estados financieros completos de los 2 últimos años.



25000232600019990276801 (25340)
 Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

2.3.2.3. Propuestas alternativas

No se aceptan propuestas alternativas

7. EVALUACION DE LAS PROPUESTAS

- 1) El Comité jurídico hará una revisión a las propuestas y descartará aquellas que adolezcan de documentos considerados legalmente como requisitos de fondo o que impidan la comparación objetiva de las mismas. Se verificará el estricto cumplimiento de los documentos de acuerdo a lo mencionado en este pliego de condiciones.

"(...)

- 2) El Comité financiero evaluará todos los documentos financieros requeridos en el presente pliego, y descartará aquellas que adolezcan de dichos documentos, al igual que aquellas que presenten incongruencias, o que hagan dudar de la veracidad de la información suministrada..."

"7.2. FACTORES PARA LA EVALUACION DE LAS PROPUESTAS

"La Universidad Militar evaluará las propuestas con base en los factores siguientes:

a) Aspecto Económico	300 puntos
b) Plazo	150 puntos
c) Programación de obra y flujo de fondos	150 puntos
d) Experiencia de la firma y Cumplimiento de contratos	200 puntos
f) Análisis financiero	200 puntos
TOTAL	1000 puntos

"7.2.1 Aspecto económico (300 puntos máximo)

- Valor total de la propuesta 200 puntos
- Evaluación ítems representativos 50 puntos
- Evaluación flujo de inversión 50 puntos

"Las propuestas que luego del análisis jurídico resulten hábiles, serán evaluadas económicamente de acuerdo con los criterios establecidos en este numeral.

Valor total de la propuesta (200 puntos)



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

www.legismovil.com 015

"(...)

"Cuando en una propuesta haya omisión del precio unitario de ítems en el formulario de precios resumidos de la propuesta, del puntaje obtenido en Aspecto Económico, se descontará 10 puntos por cada precio unitario que haga falta y como valor unitario de dicho ítems se tomará el precio promedio de las otras ofertas hábiles.

Si la propuesta corregida presenta una diferencia entre el 1% y el 0.5% por exceso o por defecto del valor original total de la misma se le descontarán 20 puntos. Si presenta una diferencia entre el 0.5% y el 0.1% se le descontarán 10 puntos. Si presenta una diferencia mayor del 1% esta será eliminada y no se tendrá en cuenta para evaluación y posterior adjudicación.

Se eliminará la propuesta que no contenga el valor discriminado de los costos indirectos (A.I.U.)

Si la propuesta corregida presenta una diferencia igual o mayor al 1% por exceso o por defecto con respecto al valor original de la misma, no se tendrá en cuenta para evaluación y posterior adjudicación.

Una vez revisadas las propuestas se harán un cuadro que contenga los valores corregidos de cada una de las propuestas habilitadas..."

"(...)

"7.2.6. ANALISIS FINANCIERO (200 PUNTOS)

Los proponentes deberán anexar las declaraciones de renta y los estados financieros (balance general, estado de pérdidas y ganancias de los 2 últimos años gravables, 1997 y 1998, estos debidamente firmados por el proponente (si es persona natural) o por el representante legal, el contador público que los hubiere preparado y el revisor fiscal, si el proponente estuviere obligado por la ley o por los estatutos tenerlo.

"(...)

CAPITAL DE TRABAJO (50 puntos)

- Mayor del 100% del presupuesto oficial obtendrá 50 puntos
- Entre el 149.90% y el 100% del presupuesto oficial obtendrá 30 puntos
- Entre el 99.9% y el 50% del presupuesto oficial obtendrá 10 puntos

"(...)



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

PATRIMONIO (50 puntos)

- Mayor a 14.000 S.M.M.L.V. obtendrá 50 puntos
- Entre 13999 a 10000 S.M.M.L.V. obtendrá 30 puntos
- Entre 9999 a 5000 S.M.M.L.V. obtendrá 10 puntos
- Entre 4999 a 1000 S.M.M.L.V. obtendrá 5 puntos
- Menores a 999 a 1000 S.M.M.L.V. obtendrá 0 puntos

LIQUIDEZ (50 Puntos)

- Mayor al 2.0 obtendrá 50 puntos
- Entre 2.0 y 1.6 obtendrá 30 puntos
- Entre 1.5 y 1.0 obtendrá 10 puntos
- Entre 0.5 y 0.9 obtendrá 5 puntos
- Menores de 0.5 obtendrá 0 puntos

ENDEUDAMIENTO A CORTO PLAZO (50 Puntos)

- Entre 0 y 50 obtendrá 50 puntos
- Entre 51 y 70 obtendrá 30 puntos
- Entre 71 y 90 obtendrá 10 puntos
- Entre 91 y 99 obtendrá 5 puntos
- Mayor de 99 obtendrá 0 puntos

7.3.3. El Consorcio Varela – Sáenz – Coninsa constituido por las Sociedades Varela Fiholl & Compañía Limitada, Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles Ltda., y Organización Coninsa & Ramón Hache S.A., presentaron propuesta para la licitación pública No 004 de 1999 – antes Constructores Ingenieros y Arquitectos S.A. – Coninsa S.A., adjuntado los documentos exigidos en el numeral 7.2.6., del pliego de condiciones. Entre los referidos documentos se destaca el Balance General y Estado de Pérdidas y Ganancias por los años 1997 y 1998 de una de las firmas integrantes del consorcio - Organización Coninsa & Ramón Hache S.A. – en el cual se precisa que es "Balance General a 31 de diciembre En Miles de Pesos".¹⁹

¹⁹ Ver folios 147 a 179, C. pruebas No 4.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

00008

7.3.4. Copia auténtica de la audiencia pública de adjudicación de la licitación pública 004/99 celebrada el 15 de septiembre de 1999²⁰, estableciéndose en el numeral 6 el "Resultado de la evaluación final de la licitación pública No 004 de 1999. Las siguientes son las evaluaciones consolidadas y definitivas logradas, una vez los Comités jurídico, económico – financiero y técnico examinaron cada una de las intervenciones ya anotadas:

Ítem	Proponente	Total puntaje
1	Consortio Proyecto Nuevo Milenio	919,56
2	Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. – AIA-	00,00
3	Consortio Varela – Sáenz – Coninsa	910,98
4	Vindico S.A.	00,00
5	Constructora Las Galias S.A.	00,00
6	Oikos Sociedad de Inversiones S.A.	701,96

7.3.5. Copia auténtica del documento F.I. / 868 suscrito y fechado el 27 de septiembre de 1999²¹ por el Decano de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Militar Nueva Granada, Brigadier General Adolfo Clavijo Ardila, dirigido al Jefe de la División de Servicios Generales de la misma institución, en donde le anexa el cuadro final de la evaluación del comité técnico, donde se mantiene la eliminación de algunas de las propuestas presentadas y donde se hace referencia a "la incorporación de las firmas CONSORCIO VARELA –SAENZ-CONINSA Y CONSORCIO NUEVO MILENIO, que habían sido descalificados inicialmente por el comité económico, pero que luego de revisadas sus observaciones en la Audiencia, fueron habilitados nuevamente.

El resumen de puntaje técnico queda así:

1. CONSORCIO NUEVO MILENO	500 Puntos
2. CONSORCIO VARELA-SAENZ-CONINSA	500 Puntos
3. OIKOS S.A.	350 Puntos

7.3:5. Copia auténtica de la Resolución No 1064 de 29 de septiembre de 1999, mediante la cual se adjudica la licitación pública No 004 de 1999 al Consorcio Proyectos Nuevo Milenio., en la que se lee:

"(...) Que, elaborada la Evaluación de las propuestas por los diferentes comités, se obtuvieron los siguientes puntajes consolidados:

²⁰ Ver folios 34 a 66. C. pruebas No 2

²¹ Ver Folios 3 a 6., ib. C. pruebas No 2.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

Ítem	Proponente	Total puntos
1	Consorcio Proyecto Nuevo Milenio	794,79
2	Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. – AIA-	719,85
3	Consorcio Varela – Sáenz – Coninsa	00,00
4	Vindico S.A.	00,00
5	Constructora Las Galias S.A.	00,00
6	Oikos Sociedad de Inversiones S.A.	742,00

7.3.5. Copia del oficio No 640 UMNG-R de 26 de octubre de 1999²², suscrito por el rector de la Universidad Militar Nueva Granada dirigido al representante legal del Consorcio Varela – Sáenz – Coninsa donde se explica la manera de determinar el capital del trabajo el cual equivalía a \$ 2.354.795.192.00 y "dentro de este contexto se aplicó el procedimiento descrito a cada una de las firmas componentes del Consorcio:

VARELA FIHOLL CIA LTDA

Activo corriente: \$ 2.302.892.015.00
Pasivo Corriente: \$ 1.039.319.101.00
CAPITAL DE TRABAJO: \$ 1.263.572.914.00

SAENZ RUIZ CADENA

Activo corriente: \$ 2.617.036.485.00
Pasivo Corriente: \$ 1.534.788.175.00
CAPITAL DE TRABAJO: \$ 1.082.248.310.00

CONINSA S.A.

Activo corriente: \$ 15.607.327.00
Pasivo Corriente: \$ 6.633.359.00
CAPITAL DE TRABAJO: \$ 8.973.968.00
TOTAL CAPITAL DE TRABAJO \$ 2.354.795.192.00

Conocido el capital de trabajo del Consorcio, este debía de dividirse por el presupuesto oficial, y luego, el resultado de tal división multiplicarlo por 100 para así poder calificar el Capital de Trabajo del Consorcio de acuerdo a los lineamientos trazados por el adendo ya citado.

$$2.354.795.192.00 / 2.514.000.000.00 = 0,93667$$

$$0,93667 * 100 = 93,67\%$$

²² Ver folios 127 a 130. C. pruebas No 2.



000082

25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

93,67% es superior al 70%, pero inferior al 100%; por tanto, la calificación es de 30 puntos, 20 menos que el máximo que se podía alcanzar.

De otro lado, el Comité Financiero también evaluaba Patrimonio, Liquidez y Endeudamiento a corto plazo. En el primero, el Consorcio obtuvo el máximo posible, esto es, 50 puntos. En los siguientes alcanzó 30 puntos y 30 puntos, respectivamente, 20 puntos, en cada uno de los aspectos a calificar, por debajo del máximo que se podía alcanzar, 50 puntos.

El procedimiento que concluyó con tales resultados fue el que ahora se explica:

1. PATRIMONIO

• VARELA FIHOLL CIA LTDA	\$ 1.315.215.984.00
• SAENZ RUIZ CADENA	\$ 1.653.584.813.00
• CONINSA S.A.	\$ 8.704.608.00
TOTAL PATRIMONIO	\$ 2.977.505.405.00

Salario mínimo mensual vigente \$ 203.826.00

Patrimonio expresado en SMMLV: 14.608,07

El pliego establecía que si el patrimonio era superior a 14.000 SMMLV, la calificación a obtener era de 50 puntos; y así se calificó.

2. LIQUIDEZ

Activo Total Consorcio / Pasivo Total Consorcio

$$4.935.535.827 / 2.580.740.635 = 1,91$$

El Pliego de Condiciones rezaba que la liquidez se calificaría con 30 puntos si esta era entre 1,6 y 2,0.

3. ENDEUDAMIENTO A CORTO PLAZO

Pasivo corriente del Consorcio / Activo Corriente del Consorcio * 100

$$2.580.740.635 / 4.935.535.827 * 100 = 52,29\%$$

En resumen la calificación dada por el Comité Económico Financiero fue:

Concepto	Puntaje obtenido	Máximo
----------	------------------	--------



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

Capital de trabajo	30	50
Patrimonio	50	50
Liquidéz	30	50
Endeudamiento a corto plazo	30	50
TOTAL	140	200

7.3.6. Copia del contrato de obra pública No 172 celebrado el 19 de octubre de 1999²³ celebrado entre la Universidad Militar Nueva Granada y el Consorcio Proyectos Nuevo Milenio cuyo objeto estaba consignado en la cláusula segunda del referido contrato.

7.3.7. Copia del valor de la propuesta presentada por el Consorcio Varela – Sáenz – Coninsa²⁴ – discriminada de la siguiente manera: COSTO DIRECTO: \$ 1.934.873.057.00. ADMINISTRACION 12% \$ 232.184.766.84. IMPREVISTOS 2% \$ 232.184.766.84. UTILIDAD 6% \$ 116.092.383.42. IVA (16% SOBRE LAS UTILIDADES) \$ 18.574.781.35. TOTAL: \$ 2.340.422.449.75.

7.3.8. Dictamen pericial.- El 1º de septiembre se rindió dictamen pericial²⁵ por los expertos Myriam Mendoza de Tovar y Hermes García Blanco, en donde consignan que después de analizar los términos del pliego de condiciones concluyen que la propuesta presentada por el Consorcio demandante era la mejor por cuanto debió haber tenido un puntaje total de 970.98 puntos, el cual es superior al del adjudicatario, al considerar que existió un error en los cálculos efectuados por la entidad demandada. Dicen lo siguiente:

"(.) luego de efectuar los cálculos necesarios para determinar los índices de capital de trabajo, de patrimonio, de liquidez y de endeudamiento a corto plazo, basados en los balances presentados a 31 de diciembre de 1998, por las empresas Varela Fiholl y Cia. Ltda. – Sáenz Ruiz Cadena y Coninsa – y de analizar las condiciones establecidas en el pliego de condiciones para asignar el puntaje con relación al examen financiera, concluimos que la propuesta presentada por el Consorcio Varela Sáenz Coninsa, obtuvo en este aspecto un total de 200 puntos y por consiguiente el puntaje total ascendió a 970.98, obteniendo así el mayor puntaje con relación a las seis propuestas presentadas.

"(...)

Se determinó que existió un error en los cálculos efectuados por la demandada, en cuanto a

²³ Folios 17 a 28. C. pruebas No 2.

²⁴ Folio 203. C. pruebas No 4.

²⁵ Folios 1 a 22. C. 5.



... 000083

25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

1. Los valores que conforman el activo corriente y el pasivo corriente de la empresa Coninsa S.A, que aparecen en el balance a 31 de diciembre de 1998 en miles de pesos, hecho del que no se percató la demandada al efectuar los cálculos. Así por ejemplo, aparece en el balance la suma de \$ 15.607.327 (miles de pesos), lo que equivale a \$ 15.607.327.000.00 y en la determinación del puntaje la demandada hizo los cálculos con la suma de \$ 15.607.32700 (Folios 147 y 149 cuaderno 2).

"(...)

El valor del patrimonio de Coninsa S.A., según el balance a 31 de diciembre de 1998 es de 8.704.608 (en miles de pesos) y para efectos de los cálculos por parte de la demandad se tomó \$ 8.704.608, cuando ha debido ser la suma de \$ 8.704.608.000 (Folio 151 cuaderno 2).

"(...)"

7.3.9. TESTIMONIOS.- A folios 124 a 126, 131 a 136 del cuaderno de pruebas n° 2, aparecen los testimonios rendidos por los señores Ramiro Valencia Aristizabal, Guillermo Monsalvo Ureña, Hernando Carrasco Ospina y Santiago Rafael Torres León, quienes al referirse a los hechos objeto de controversia, destacamos el dicho del último dijo lo siguiente:

"...PREGUNTADO: Teniendo en cuenta el documento que tiene de presente cual sería la cifra en pesos que usted tomaría si le hubieran presentado esa propuesta. CONTESTO: La cifra que yo tomaría es \$ 15.607,327 multiplicado por mil para determinar el valor en pesos, es decir \$ 15.607.327.000.00, pero aclarando que este balance presentado no está conforme a las normas de contabilidad..."

7.4. Caso concreto

Los problemas jurídicos en el caso concreto –planteados de forma expresa en el recurso de apelación de la parte demandada– se contraen a establecer lo siguiente: i) ¿Si la demanda podía encauzarse contra la Universidad Militar Nueva Granada directamente o el sujeto pasivo de la pretensión sería: La Nación – Ministerio de Defensa – Universidad Militar Nueva Granada y ii) Si es procedente la acusación presentada por el Consorcio Varela Fiholl & Cía. Ltda., en el sentido de no haberse seleccionado pese a ser la más favorable a la entidad, no fue seleccionada por haberse realizado la evaluación financiera del consorciado CONINSA, sin tener en cuenta la especificación contemplada en el balance financiero, el cual refería que las cifras se encontraban en miles de pesos.



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

Con relación al primer problema jurídico referente al medio exceptivo falta de legitimación en la causa por pasiva, en criterio de la Sala no tiene prosperidad toda vez por disposición legal el rector tiene la facultad de representar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Universidad Militar Nueva Granada en los juicios administrativos adelantados por responsabilidad contractual.

En efecto, de conformidad con el acuerdo No 1 de julio 25 de 2000 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional mediante el cual se delegan funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial y constitucional en el artículo 5° señala: "Delegar en el rector de la Universidad Militar "Nueva Granada" las siguientes funciones: 1. La facultad de representar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Universidad Militar Nueva Granada en los procesos contenciosos administrativos que tengan por objeto los actos administrativos expedidos por dicha universidad..."

Es más, luego de la expedición de la Ley 805 de 2003 la Universidad Militar Nueva Granada dejó de ser una Unidad Administrativa Especial, y se convirtió en un ente autónomo con personería jurídica.

En el artículo 1° de la citada ley se le definió como un *"ente Universitario Autónomo del orden nacional, con régimen orgánico especial, cuyo objeto principal es la educación superior y la investigación, dirigidas a elevar la preparación académica de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en actividad o en retiro; los empleados civiles del sector defensa, los familiares de todos los anteriores, y los particulares que se vinculen a la universidad. Vinculado al Ministerio de Educación Nacional, en lo que a las políticas y a la planeación del sector educativo se refiere"*.

Dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-1019 de 2012, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 137 (parcial) de la Ley 30 de 1992 *"por el cual se organiza el servicio público de la Educación Superior"*, y contra el artículo 8 (parcial) de la ley 805 de 2003 *Por el cual se transforma la naturaleza jurídica de la Universidad Militar Nueva Granada*, que *"...Varias fueron las razones que llevaron al legislador a cambiar la naturaleza jurídica de este ente universitario: 1) la necesidad de ajustar su actividad educativa al marco que regula el régimen de las universidades públicas, o bien la Ley 30 de 1992; 2) la importancia de otorgarle personería jurídica para permitirle a la Universidad organizarse como un ente universitario autónomo, para adquirir derechos y obligaciones, así como solicitar beneficios para el desarrollo de sus*



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

objetivos y para certificarla en los títulos universitarios otorgados; 3) el hecho de que el representante legal de la institución no fuera el rector sino el Ministro de Defensa; 4) el que la institución no pudiera promover la investigación científica porque los recursos recibidos del gobierno se utilizaban para pago de personal; 5) porque era necesario que la Universidad desarrollara su propio programa y no el del Ministerio de Defensa.²⁶ Por lo que la excepción de falta de legitimación en causa por pasiva está llamada al fracaso.

En lo que respecta al otro problema jurídico, se tiene lo siguiente: Al cierre de la licitación se presentaron 6 propuestas por las firmas: Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, Arquitectos e Ingenieros Asociados A.I.A., Consorcio Varela - Sáenz - Coninsa, Vindico S.A., Constructora Galias S.A., y Oikos Sociedades de Inversiones S.A.

En el numeral 7.2.6. Análisis Financiero del pliego de condiciones asignó un puntaje total de 200 puntos, el cual sería evaluado teniendo en cuenta los siguientes parámetros: capital de trabajo 50 puntos, patrimonio 50, liquidez 50 y endeudamiento a corto plazo, en igual forma 50 puntos.

Una vez conformado el Comité para revisión de pliegos, ofertas, evaluación y recomendación de adjudicación, éste cumplió su cometido y se dieron a conocer los informes de evaluación a todos los proponentes. El 15 de septiembre de 1999 se llevó a cabo la audiencia pública dentro de la cual se atendieron las observaciones a las evaluaciones y se determinaron los puntajes para cada uno de los proponentes, así: (i) Consorcio Proyectos Nuevo Milenio 919.56; (ii) Consorcio Varela Sáenz Coninsa 910.98 puntos de los cuales: 140 corresponde al análisis financiero y 770.98 al aspecto económico, de plazo y de programación y (iii) a la Sociedad Oikos Sociedad Inversiones se le asignó 701.96, las otras firmas no obtuvieron puntaje.

Del material probatorio antes analizado y en especial la prueba pericial existente en el expediente, en la evaluación de la propuesta de la parte actora, en el aspecto "análisis financiero" se incurrió en un error toda vez que respecto del consorciado Organización Coninsa se tomó como activo corriente el valor de \$ 15'607.327, en lugar de \$ 15.607'327.000 y por pasivo corriente el valor de \$ 6.633.359 cuando correspondía a \$ 6.633'359.000. Igualmente sucedió al tomarse erróneamente el patrimonio por un valor de \$ 8.704.608 cuando se debió tomar \$ 8.704'608.000, lo cual si se hubieran tomado correctamente en puntaje por este

²⁶ Corte Constitucional sentencia C-121 de 2003



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

concepto arrojaría 200 puntos y no el asignado de 140. Para finalmente resultar un puntaje total de 970.98 puntos, muy superior al puntaje obtenido por la adjudicataria, tal como de manera clara lo determinaron los expertos.

Para la Sala es evidente que en la evaluación del aspecto financiero el Consorcio Varela – Sáenz- Coninsa dentro de la licitación pública No 004/99, la Universidad Militar Nueva Granada, cometió el error de tomar equivocadamente en pesos, en lugar de tomarlos en miles de pesos, los datos de activo corriente, pasivo corriente y patrimonio.

De suerte entonces que la calificación dada en el concepto de Análisis Financiero no se ajustó a los parámetros de los pliegos, toda vez que las cantidades correctas eran superiores a las que equivocadamente fueron tenidas en cuenta para hacer la proporción. En efecto, el capital de trabajo del consorcio estaba por encima del 100% del patrimonio oficial. El patrimonio, muy superior a 14.000 SMLMV y el endeudamiento era menor de 1. Por lo que debió asignársele el puntaje máximo de 200 puntos, y con ello la propuesta del demandante ocupaba el primer lugar con un puntaje total de 970.98.

Como claramente lo dijo el tribunal de instancia, *"...el decreto 2649 de 1993, el cual reglamenta la contabilidad en general, en su artículo 50 señala que la moneda funcional en Colombia es el peso y que "las transacciones realizadas en otras unidades de medida deben ser reconocidas en la moneda funcional, utilizando la tasa de conversión aplicable", en el artículo siguiente establece claramente que en el evento de que los activos y pasivos fuesen presentados en otras monedas, deben ser reexpresados en la moneda funcional.*

"(...)"

La Sala concluye que en el sub lite se vulneraron los principios de selección contractual y, por lo tanto, son abiertamente ilegales los actos administrativos demandados; compartiendo de esta manera el criterio del a quo cuando indicó que *"...La oferta, lo que hizo fue determinar, en forma expresa, que las cantidades se darían en miles de pesos y para ello simplemente retiró los tres ceros de la derecha. Pero es que, de la simple lectura del balance de las otras dos firmas que hacían parte del consorcio se podía inferir, sin dificultad alguna, que las cifras suministradas por CONINSA no podían ser en unidades de pesos sino en unidades de miles de pesos..."*

Lo dicho por el tribunal coincide con lo afirmado por el testigo Santiago Rafael Torres León, quienes al referirse a los hechos objeto de controversia, dijo lo



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

objetivos y para certificarla en los títulos universitarios otorgados; 3) el hecho de que el representante legal de la institución no fuera el rector sino el Ministro de Defensa; 4) el que la institución no pudiera promover la investigación científica porque los recursos recibidos del gobierno se utilizaban para pago de personal; 5) porque era necesario que la Universidad desarrollara su propio programa y no el del Ministerio de Defensa.²⁶ Por lo que la excepción de falta de legitimación en causa por pasiva está llamada al fracaso.

En lo que respecta al otro problema jurídico, se tiene lo siguiente: Al cierre de la licitación se presentaron 6 propuestas por las firmas: Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, Arquitectos e Ingenieros Asociados A.I.A., Consorcio Varela - Sáenz - Coninsa, Vindico S.A., Constructora Galias S.A., y Oikos Sociedades de Inversiones S.A.

En el numeral 7.2.6. Análisis Financiero del pliego de condiciones asignó un puntaje total de 200 puntos, el cual sería evaluado teniendo en cuenta los siguientes parámetros: capital de trabajo 50 puntos, patrimonio 50, liquidez 50 y endeudamiento a corto plazo, en igual forma 50 puntos.

Una vez conformado el Comité para revisión de pliegos, ofertas, evaluación y recomendación de adjudicación, éste cumplió su cometido y se dieron a conocer los informes de evaluación a todos los proponentes. El 15 de septiembre de 1999 se llevó a cabo la audiencia pública dentro de la cual se atendieron las observaciones a las evaluaciones y se determinaron los puntajes para cada uno de los proponentes, así: (i) Consorcio Proyectos Nuevo Milenio 919.56; (ii) Consorcio Varela Sáenz Coninsa 910.98 puntos de los cuales: 140 corresponde al análisis financiero y 770.98 al aspecto económico, de plazo y de programación y (iii) a la Sociedad Oikos Sociedad Inversiones se le asignó 701.96, las otras firmas no obtuvieron puntaje.

Del material probatorio antes analizado y en especial la prueba pericial existente en el expediente, en la evaluación de la propuesta de la parte actora, en el aspecto "análisis financiero" se incurrió en un error toda vez que respecto del consorciado Organización Coninsa se tomó como activo corriente el valor de \$ 15'607.327, en lugar de \$ 15.607'327.000 y por pasivo corriente el valor de \$ 6.633.359 cuando correspondía a \$ 6.633'359.000. Igualmente sucedió al tomarse erróneamente el patrimonio por un valor de \$ 8.704.608 cuando se debió tomar \$ 8.704'608.000, lo cual si se hubieran tomado correctamente en puntaje por este

²⁶ Corte Constitucional sentencia C-121 de 2003



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

concepto arrojaría 200 puntos y no el asignado de 140. Para finalmente resultar un puntaje total de 970.98 puntos, muy superior al puntaje obtenido por la adjudicataria, tal como de manera clara lo determinaron los expertos.

Para la Sala es evidente que en la evaluación del aspecto financiero el Consorcio Varela – Sáenz- Coninsa dentro de la licitación pública No 004/99, la Universidad Militar Nueva Granada, cometió el error de tomar equivocadamente en pesos, en lugar de tomarlos en miles de pesos, los datos de activo corriente, pasivo corriente y patrimonio.

De suerte entonces que la calificación dada en el concepto de Análisis Financiero no se ajustó a los parámetros de los pliegos, toda vez que las cantidades correctas eran superiores a las que equivocadamente fueron tenidas en cuenta para hacer la proporción. En efecto, el capital de trabajo del consorcio estaba por encima del 100% del patrimonio oficial. El patrimonio, muy superior a 14.000 SMLMV y el endeudamiento era menor de 1. Por lo que debió asignársele el puntaje máximo de 200 puntos, y con ello la propuesta del demandante ocupaba el primer lugar con un puntaje total de 970.98.

Como claramente lo dijo el tribunal de instancia, *"...el decreto 2649 de 1993, el cual reglamenta la contabilidad en general, en su artículo 50 señala que la moneda funcional en Colombia es el peso y que "las transacciones realizadas en otras unidades de medida deben ser reconocidas en la moneda funcional, utilizando la tasa de conversión aplicable", en el artículo siguiente establece claramente que en el evento de que los activos y pasivos fuesen presentados en otras monedas, deben ser reexpresados en la moneda funcional.*

"(...)"

La Sala concluye que en el sub lite se vulneraron los principios de selección contractual y, por lo tanto, son abiertamente ilegales los actos administrativos demandados; compartiendo de esta manera el criterio del a quo cuando indicó que *"...La oferta, lo que hizo fue determinar, en forma expresa, que las cantidades se darían en miles de pesos y para ello simplemente retiró los tres ceros de la derecha. Pero es que, de la simple lectura del balance de las otras dos firmas que hacían parte del consorcio se podía inferir, sin dificultad alguna, que las cifras suministradas por CONINSA no podían ser en unidades de pesos sino en unidades de miles de pesos..."*.

Lo dicho por el tribunal coincide con lo afirmado por el testigo Santiago Rafael Torres León, quienes al referirse a los hechos objeto de controversia, dijo lo



85

25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

siguiente: "...PREGUNTADO: Teniendo en cuenta el documento que tiene de presente cual sería la cifra en pesos que usted tomaría si le hubieran presentado esa propuesta. CONTESTO: La cifra que yo tomaría es \$ 15.607,327 multiplicado por mil para determinar el valor en pesos, es decir \$ 15.607.327.000.oo, pero aclarando que este balance presentado no está conforme a las normas de contabilidad...".

El hecho que el balance o cifras suministradas por CONINSA se hubiese efectuado en unidades de miles de pesos y no en unidades de pesos, lo anterior no puede servir de patente de corso para desconocer los lineamientos que impone el artículo 29 de la ley 80 de 1993, en cuanto se refiere a los deberes de acatar los principios de transparencia y selección objetiva del proceso de selección y que tiene como objetivo que la actividad contractual se pueda llevar a cabo bajo la égida de que la oferta a seleccionar sea la más favorable a la entidad pública y sin que se afecten los parámetros legales que deben reinar en la escogencia del contratista y no se atente contra el principio de igualdad.

En este caso, no hay duda que la situación presentada en este caso, que el balance o cifras suministradas por CONINSA – una de las firmas integrantes del consorcio demandante - hubiese presentado los estados financieros en unidades de miles de pesos y no en unidades de pesos, no la excluía ni podría decirse que aquella no se adecuara a las exigencias fijadas en el pliego de condiciones, mucho menos que la oferta así presentada no pudiese ser evaluada con base en las reglas de selección objetiva y de transparencia, en aras de mantener inmaculado el principio de igualdad en el proceso de selección; pues es evidente que era posible convertir sin ningún inconveniente las unidades de miles en unidades de pesos e inmediatamente se obtendría la cantidad líquida de la propuesta, entendida esta como una cifra numérica precisa o que sea liquidable por simple operación aritmética.

En otros términos, la Sala acoge sin ambages el criterio expuesto por los peritos y desarrollado por él a quo, al señalar que, "...que existió un error en los cálculos efectuados por la demandada, en cuanto a:

1. Los valores que conforman el activo corriente y el pasivo corriente de la empresa Coninsa S.A, que aparecen en el balance a 31 de diciembre de 1998 en miles de pesos, hecho del que no se percató la demandada al efectuar los cálculos. Así por ejemplo, aparece en el balance la suma de \$ 15.607.327 (miles de pesos), lo que equivale a \$ 15.607.327.000.oo y en la determinación del puntaje la demandada hizo los cálculos con la suma de \$ 15.607.327oo (Folios 147 y 149 cuaderno 2).



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

(...)

El valor del patrimonio de Coninsa S.A., según el balance a 31 de diciembre de 1998 es de 8.704.608 (en miles de pesos) y para efectos de los cálculos por parte de la demandad se tomó \$ 8.704.608, cuando ha debido ser la suma de \$ 8.704.608.000 (Folio 151 cuaderno 2)".

En efecto: en el *sub examine* sólo era posible que la cifra consignada en miles de pesos, de \$ 15.607,327.00 se realizara su conversión a unidades de pesos, multiplicándola por mil para determinar el valor en pesos, es decir \$ 15.607.327.000.00, y no tomar la cifra consignada en miles de pesos a raja tabla, pues ello conllevaría tal como ocurre en este evento a violar los factores de escogencia objetiva, razonables y transparentes que alteraron gravemente los elementos esenciales del proceso de selección.

Efectuadas las anteriores precisiones, habrá lugar a modificar la decisión apelada en el sentido de declarar la nulidad absoluta del contrato de obra pública No 172/99 celebrado entre la Universidad Militar Nueva Granada y el Consorcio Proyectos Nuevo Milenio, y consecencialmente se confirmará el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia recurrida, que declaró la nulidad de la resolución No 1064 del 29 de septiembre de 1999, en razón a que la nulidad absoluta del contrato solamente podrá invocarse como fundamento de la ilegalidad de los actos previos en que se fundamenta, teniendo como fundamento el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, precisa la Sala que una de las consecuencias de la prosperidad de la causal de nulidad, es que ésta conlleva necesariamente a ordenar el restablecimiento del derecho, pero en este caso ese restablecimiento no es posible, en razón que las prestaciones relacionadas en el contrato que se declara nulo están ejecutadas y pagadas en su totalidad, y en aplicación del principio de utilidad de los fallos, ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior como consecuencia de la nulidad aquí decretada produciría más efectos nocivos que útiles, por lo que en este caso sólo procede a título de indemnización el pago de la utilidad esperada que dejó de percibir el oferente, tal como lo tiene previsto la Jurisprudencia de la Sala; no la devolución de gastos por cuanto de haber sido el adjudicatario, esos gastos no serian reembolsables.

Igualmente se modificará la decisión apelada para actualizar la condena impuesta en la primera instancia, siguiéndose en este caso, lo dicho por la Jurisprudencia de la Subsección C, en el sentido de precisar que cuando "...se prive de manera injusta a un proponente de la posibilidad de celebrar y ejecutar el contrato estatal



580000 86

25000232600019990276801 (25340)
 Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

da lugar a que se reconozca el cien por ciento (100%) de la utilidad esperada de la propuesta básica inicial... Lo anterior, puesto que en esta clase de hipótesis no se parte de la pérdida de una oportunidad – en términos de la existencia de una alta probabilidad– sino que se está frente a una lesión antijurídica de un derecho personal, cierto y determinado en cabeza del proponente al que se le priva de celebrar y ejecutar el negocio jurídico con la entidad pública respectiva²⁷; utilidad que en este caso era del 6%, tal como lo entendió el juzgador de instancia, suma que fue estimada en la sentencia de primera instancia en \$ 153.241.946,11, suma que será actualizada a valor presente en atención a las fórmulas empleadas por esta Corporación, en aras de reconocer la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (indexación).

Efectuadas las anteriores precisiones, habrá lugar como consecuencia de la nulidad decretada a actualizar la sentencia, así:

$$a = Rn \frac{If}{Ii}$$

$$Ra = \$153.241.946,11 \frac{115.25924 \text{ (Febrero 2014)}}{75.01296 \text{ (Mayo de 2003)}} = \$235.459.982$$

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

FALLA:

Primero. Modifícase la sentencia apelada, esto es, la proferida el cuatro (4) de junio de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B la cual quedará así:

- a) **Declárase** la nulidad absoluta del contrato de obra pública No 172/99 celebrado entre la Universidad Militar Nueva Granada y el Consorcio Proyectos Nuevo Milenio.
- b) Consecuencialmente **confírmese** el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia recurrida, que declaró la nulidad de la resolución No 1064 del 29 de septiembre de 1999, expedida por la Universidad Militar Nueva Granada; y los numerales 4º y 5º, ibídem.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, expediente 18167. MP Enrique Gil Botero



25000232600019990276801 (25340)
Actor: Consorcio Varela Fiholl y Cia Ltda.

"Segundo. Condénase a la Universidad Militar Nueva Granada a pagar a favor del Consorcio VARELA FIHOLL & COMPAÑÍA LIMITADA la suma de Doscientos Treinta y Cinco Millones Cuatrocientos Cincuenta y Nueve mil Novecientos Ochenta y Dos pesos m/cte (\$ 235.459.982.00), por concepto de utilidad esperada.

Tercero. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto. En firme este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ÓLGA MÉLIDA VALLE OE DE LA HOZ