

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiséis (2026) Radicación: 25000-23-36-000-2019-00682-01 (69010)

Demandante: Fundación Universitaria del Área Andina **Demandado:** Comisión Nacional del Servicio Civil **Referencia:** Nulidad y restablecimiento del derecho

TEMAS: RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –

Su actividad contractual está sujeta a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. RÉGIMEN PROBATORIO APLICABLE EN MATERIA CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVA – Está edificado sobre los postulados de libertad probatoria y el libre raciocinio judicial. PRUEBA DOCUMENTAL SIN FIRMA – No necesariamente le resta autenticidad ni valor probatorio a la prueba documental. HECHO NOTORIO – Es aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un conglomerado social, en el tiempo en que se produce la decisión. DICTAMEN PERICIAL – Su credibilidad está edificada sobre la idoneidad del perito, la fundamentación de la prueba y la imparcialidad del perito. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – La sentencia debe estar en consonancia con los elementos esenciales que distinguen la controversia puesta en conocimiento del juez. DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA – la entidad a cargo del procedimiento de selección debe escoger al contratista con base en los factores de selección previamente definidos en el pliego de condiciones y de acuerdo con los criterios ponderables establecidos para el efecto. PRINCIPIO DE BUENA FE PRECONTRACTUAL – Exige participar activamente en el proceso de selección y, en concreto, poner de presente las irregularidades que se adviertan, para que la entidad corrija su actuación. ILEGALIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN – exige demostrar irregularidades que desvirtúen la selección realizada por la entidad estatal. PERJUICIO INDEMNIZABLE – Como consecuencia de la nulidad del acto de adjudicación, el perjuicio indemnizable corresponde, en principio a la utilidad dejada de percibir por cuenta de la privación injustificada de celebrar y ejecutar el contrato estatal. PRUEBA DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE – El demandante tiene la carga de demostrar que la ejecución del contrato estatal le habría reportado utilidad. Si el ofrecimiento económico incluye la estimación de la utilidad esperada, puede acudirse a dicha estimación a efectos de demostrar el quantum indemnizatorio, sin perjuicio de prueba en contrario y siempre que no resulte manifiestamente irrazonable y desproporcionada. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – su declaratoria procede de oficio y se estructura cuando se declare la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación que le brindó fundamento jurídico a su celebración.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de mayo de 2022, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

Como resultado del proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001, la Comisión Nacional del Servicio Civil adjudicó a la Universidad Libre el contrato para la realización del concurso de méritos destinado a la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa de algunas entidades de los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander – Convocatoria Territorial Norte.

La Fundación Universitaria del Área Andina, oferente vencida en el proceso licitatorio mencionado, promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de obtener: **(i)** la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación; y **(ii)** la condena a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales que, en su criterio, le fueron irrogados por la indebida adjudicación del contrato, a título de restablecimiento del derecho.

La controversia gira en torno a la evaluación de los ofrecimientos presentados en el curso del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001 y, en concreto, a la asignación del puntaje correspondiente al factor económico, el cual fue incluido en el pliego de condiciones como uno de los elementos a partir de los cuales se debía adelantar el análisis de comparación de las propuestas. En criterio de la parte accionante, la CNSC incurrió en error en la aplicación de la fórmula relativa al método escogido para la comparación de las propuestas en el componente económico, circunstancia que dio lugar a considerar la existencia de un empate que, a la postre, condujo a la adjudicación del contrato a la Universidad Libre, tras la aplicación de los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones.

ANTECEDENTES

La demanda

El 20 de septiembre de 2019¹, la Fundación Universitaria del Área Andina, mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, con las siguientes **pretensiones**, transcritas de forma literal, incluso con posibles errores:

"PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad de la RESOLUCIÓN número CNSC 2019140021505 DEL 03-04-2019, "Por la cual se materializa una decisión de la Sala Plena de Comisionados para adjudicar el proceso de Licitación Pública No. CNSC-LP-001 DE 2019" expedida por el ASESOR JURÍDICO de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en su condición de delegado para presidir la audiencia de adjudicación y tomar la decisión de adjudicar.

SEGUNDA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la resolución CNSC 2019140021505 DEL 03-04-2019, "Por la cual se materializa una decisión de la Sala Plena de Comisionados para adjudicar el proceso de Licitación Pública No. CNSC-LP-001 DE 2019" expedida por el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en su condición de delegado para presidir la audiencia de adjudicación y tomar la decisión de adjudicar el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001 DE 2019 a la Universidad Libre, se condene a la Comisión Nacional del Servicio Civil al restablecimiento de los derechos a la Fundación Universitaria del Área Andina y por consiguiente a la adjudicación del contrato derivado de la licitación pública CNSC-LP-001 DE 2019, o en su defecto por imposibilidad material de ejecución del contrato porque ya pudo haber sido ejecutado al resolverse la presente controversia, se ordene el pago de la utilidad esperada según la estimación razonada de la cuantía determinada en la oferta de la licitación.

1 Fl 1 a 15, C.1.

PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL: *Que se condene a la Comisión nacional del servicio civil al reconocimiento económico y pago de los gastos en que la Fundación Universitaria del Área Andina incurrió en la elaboración de la oferta para participar en el proceso de la Licitación Pública No. CNSC-LP-'001 DE 2019.*

PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL: *Que se condene a la Comisión Nacional del Servicio Civil al pago actualizado de las sumas reconocidas a favor de la Fundación Universitaria del Área Andina de acuerdo con las pretensiones de carácter económico que hacen parte de la demanda, hasta el momento del pago efectivo.*

PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL: *Que se ordene a la Comisión Nacional del servicio civil a expedir una certificación a nombre de la Fundación Universitaria del Área Andina en la cual se acredite que en el proceso de licitación pública CNSC-LP- 001 DE 2019, ocupó el primer puesto de elegibilidad de acuerdo con la evaluación.*

PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL: *Que se condene a la Comisión Nacional del Servicio Civil al reconocimiento y pago de los honorarios de asesoría jurídica en que ha debido incurrir la Fundación Universitaria del Área Andina, con el fin de obtener la asesoría y representación jurídica necesarias para que le sean resarcidos los daños y perjuicios causados por cuenta de las omisiones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del comité evaluador y funcionario que adjudicó la licitación pública CNSC-LP-001 DE 2019 al no aplicar en debida forma la fórmula económica determinada para la adjudicación del proceso.*

PRETENSIÓN SÉPTIMA PRINCIPAL: *Que se condene a la Comisión Nacional del Servicio Civil al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho".*

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

Mediante Resolución No. CNSC-2019000011675 del 27 de febrero de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil –en adelante, CNSC– dio inicio al proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001, el cual tenía por objeto escoger a la institución universitaria que adelantaría el concurso de méritos para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa de algunas entidades de los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander – Convocatoria Territorial Norte.

El pliego de condiciones de la licitación pública estableció los requisitos habilitantes para participar en el procedimiento de selección, así como también los factores ponderables conforme con los cuales debía escogerse a la institución educativa que adelantaría el concurso. Entre los factores de selección figuraba el relativo al ofrecimiento económico, el cual reconocía una calificación máxima de 390 puntos de acuerdo con el método de ponderación que resultara escogido entre tres opciones: *(i)* el método de media aritmética, *(ii)* el método de media geométrica con presupuesto oficial o *(iii)* el método del menor valor. Para la determinación del método de ponderación a aplicar de cara al análisis de comparación de los ofrecimientos, el pliego de condiciones identificó cada una de las opciones con un rango de decimales, al tiempo que estableció que el método debía ser escogido en función de la tasa representativa de mercado – TRM que rigiera al día siguiente del vencimiento del término de traslado del informe de evaluación de las propuestas.

El 13 de marzo de 2019 la CNSC llevó a cabo la audiencia de cierre del procedimiento de selección, cuya acta demuestra que en el periodo dispuesto para

el efecto presentaron propuestas la Fundación Universitaria del Área Andina, la Universidad Libre y la Universidad de Medellín. El 19 de marzo siguiente la entidad accionada publicó el informe preliminar de evaluación de las propuestas, en el cual se estableció que la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre eran los únicos proponentes que resultaron habilitados.

El 28 de marzo de 2019 la CNSC publicó el acta de determinación del método de ponderación del componente económico de los ofrecimientos, en donde consta que el método de media geométrica con presupuesto oficial fue el escogido para adelantar el análisis de comparación de las propuestas. De este modo, el puntaje por concepto del factor económico debía ser asignado de acuerdo con la adecuada aplicación de las fórmulas establecidas en el pliego de condiciones para el efecto.

El 3 de abril de 2019 la CNSC dio inicio a la audiencia de adjudicación, en cuyo desarrollo la Fundación Universitaria del Área Andina presentó poder especial otorgado en debida forma para que Jorge Andrés Castañeda Correal la representara en esa diligencia. No obstante, la entidad accionada se abstuvo de tenerlo en cuenta aduciendo para el efecto que carecía de la nota de presentación personal, pese a que tal exigencia no contaba con respaldo alguno en la ley ni en el pliego de condiciones del proceso licitatorio. Para la Fundación Universitaria del Área Andina, esta determinación impidió su participación en la audiencia de adjudicación y, en concreto, la formulación de objeciones a las decisiones que se socializaron en el curso de esa diligencia, particularmente en lo relacionado con la evaluación del componente económico de las propuestas en aplicación de las fórmulas establecidas en el pliego de condiciones.

En desarrollo de lo anterior, la parte accionante afirmó que en el trámite de la audiencia de adjudicación la CNSC dio a conocer el documento de respuesta a las observaciones formuladas contra el informe de evaluación de los ofrecimientos y el informe final de evaluación, los cuales, inicialmente, dieron como ganador a la Fundación Universitaria del Área Andina al obtener el mayor puntaje. Con todo, la entidad realizó una nueva evaluación en la que la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre resultaron "*extrañamente empatadas*". Para la accionante, "*[...] el mencionado empate determinado por el comité evaluador partió de un error matemático en la aplicación de la MEDIA GEOMÉTRICA CON PRESUPUESTO OFICIAL, con lo cual se violó lo definido en el Pliego de Condiciones, el cual se manifestó en la audiencia por mi poderdante [...], pero le fue negado también de manera inexplicable su derecho a participar y observar*".

Ante la ilegítima conducta desplegada por la CNSC en el sentido de impedir la participación del apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina, los representantes de la institución educativa intentaron intervenir en calidad de veedores ciudadanos, lo que igualmente fue negado por la entidad al señalar que la audiencia no era pública. Posteriormente, al margen de que se hubieren puesto de presente las irregularidades anotadas en el análisis de comparación de las propuestas, la entidad continuó el trámite de la diligencia acudiendo a las reglas de desempate para la adjudicación del contrato estatal, punto en cual "*[...] decidió continuar con un sorteo [por balotas] en el que se otorgó la representación de la Fundación Universitaria del Área Andina a la Jefe de Control Interno, no obstante contar con apoderado debidamente constituido y cuyo resultado fue la adjudicación a la Universidad Libre, oferente que no había obtenido el mayor puntaje en la*

evaluación y haciendo uso de un trámite que legalmente no debió realizarse, habida

consideración de la inexistencia de empate".

Mediante escrito del 4 de abril de 2019, la Fundación Universitaria del Área Andina solicitó la revocatoria directa del acto administrativo de adjudicación, al considerar que el mismo estaba viciado de nulidad al haberse fundado la decisión de adjudicación en un error evidente en la aplicación de la fórmula para cotejar los ofrecimientos económicos. Sin embargo, la CNSC negó la solicitud de revocatoria directa por razones que no se compadecían con la realidad, pese a haber reconocido expresamente el error en la aplicación de la fórmula matemática establecida para el método de media geométrica con presupuesto oficial.

Como **fundamento jurídico**, la parte accionante señaló que el acto de adjudicación desconoció el deber de selección objetiva y el principio de transparencia, al tiempo que alegó que estaba falsamente motivado.

Como primer punto, en lo que respecta al deber de selección objetiva, la demandante refirió que la CNSC vulneró diferentes normas establecidas en el pliego de condiciones en punto a la evaluación del componente económico de los ofrecimientos, lo que, en su criterio, provocó una indebida evaluación de las propuestas. En este particular explicó que, para efectos de asignar el puntaje por concepto del factor económico, la entidad accionada aplicó de manera indebida la fórmula matemática establecida para el método de media geométrica con presupuesto oficial, motivo por el cual concluyó que el puntaje reconocido a la Universidad Libre "[...]se basó en la errada e ilegítima aplicación de las condiciones objetivas definidas en el pliego, error flagrante que la misma administración ha reconocido en acto administrativo, elemento que se configura en causa objetiva para determinar la responsabilidad de la administración en el caso que nos ocupa".

Sumado a lo anterior, la demandante reprochó que la CNSC hubiere interpretado de manera equivocada el aparte del pliego de condiciones que fijó las reglas para comparecer a la audiencia de adjudicación mediante apoderado. Al respecto, cuestionó que no se le hubiere permitido participar en el curso de la audiencia de adjudicación ni si quiera bajo la figura de veedor ciudadano, a propósito de lo cual señaló que **(i)** la nota de presentación personal solo era requerida para el apoderamiento en procesos judiciales; y **(ii)** el pliego de condiciones del proceso licitatorio no estableció que debiera cumplirse tal exigencia para la admisión del poder especial. De hecho, refirió que la Agencia Nacional de Contratación Pública "Colombia Compra Eficiente" había emitido varios pronunciamientos, en el sentido de aclarar que, para la participación de apoderados en el curso de la audiencia de adjudicación, no era necesario adelantar el trámite de presentación personal, al destacar la naturaleza administrativa de esa diligencia.

En el mismo sentido, indicó que, en procesos de selección con idénticas connotaciones adelantados por la CNSC, ésta había permitido la participación de apoderados que radicaron poderes especiales sin nota de presentación personal.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la motivación del acto cuestionado, la demandante alegó que la misma era falsa porque la elección de la Universidad Libre fue edificada sobre un hecho ajeno a la realidad, como lo era aquel según el cual en el proceso licitatorio se presentó un empate en el puntaje asignado a los

oferentes, que hizo necesario acudir a los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones. Según la accionante, en el caso concreto no se presentó un empate, sino una indebida aplicación de las reglas del pliego de condiciones relativas al factor económico; situación que fue reconocida, inclusive, por la misma entidad accionada al proferir el acto administrativo que resolvió la solicitud de revocatoria directa presentada por la Fundación Universitaria del Área Andina.

Contestación de la demanda

La CNSC² se opuso a las pretensiones de la demanda, con sustento en los siguientes argumentos:

Contrario a lo manifestado por la demandante, la CNSC garantizó el derecho de participación de todos los oferentes en el trámite de la audiencia de adjudicación. En el caso de la Fundación Universitaria del Área Andina, la entidad aclaró que quienes comparecieron a la diligencia de adjudicación para representarla radicaron un poder que no tenía nota de presentación personal como lo exigían el aparte 3.1.2. del pliego de condiciones y el artículo 5 del Decreto 19 de 2012, motivo por el cual la entidad concluyó que no se encontraban legalmente autorizados para actuar en su nombre. Pese a lo anterior, la CNSC brindó la posibilidad de presentar un nuevo poder especial otorgado en debida forma, al tiempo que sugirió como alternativa la comparecencia del representante legal de la institución educativa; opciones que no fueron acogidas pese a que se brindó el tiempo suficiente para corregir el yerro advertido.

No era cierto que en el marco del proceso licitatorio la entidad hubiere publicado un informe definitivo de evaluación de las propuestas que diera como ganadora a la Fundación Universitaria del Área Andina. En este particular la entidad explicó que el 19 de marzo de 2019 publicó el informe preliminar de evaluación de las propuestas, en el que el comité evaluador concluyó que el único oferente habilitado era la demandante. Posteriormente, dentro del traslado del informe preliminar, la Universidad Libre y la Universidad de Medellín subsanaron sus propuestas, lo que dio lugar a que la primera de las instituciones mencionadas resultara habilitada. De ahí que la entidad procediera a efectuar el análisis de comparación de las propuestas presentadas por la Universidad Libre y la Fundación Universitaria del Área Andina, ejercicio partir del cual concluyó que existió un empate en el puntaje que hizo necesario acudir a los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones.

Ahora bien, en lo que respecta al error matemático alegado por la accionante, la CNSC precisó que "[...] como resultado de la sumatoria de los valores de la *evaluación jurídica, financiera, técnica e informática y económica, resultó en empate entre la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre, previo ajuste por un error en la sumatoria de los valores contenidos en el consolidado, razón por la cual fue necesario ajustarlo, sin que jamás se advirtiera que se derivaba de un error matemático en la aplicación de la fórmula, es más, no se advirtió si era un error de agrupación, aplicación, sustracción o concordancia dentro de la misma. Es así que el soporte del consolidado siempre evidenció el empate entre los oferentes habilitados, pues el mismo ya había sido consignado en los informes de evaluación entregados*".

2 FI 35 a 46, C.1.

En cualquier caso, lo cierto era que quienes asistieron a la audiencia de adjudicación en representación de la Fundación Universitaria del Área Andina no advirtieron el error que alegaron en esta instancia judicial, ni mucho menos lo hicieron cuando presentaron la solicitud de revocatoria directa del acto de adjudicación. De hecho, los representantes de los demás participantes en el proceso licitatorio tampoco lo hicieron en el desarrollo de la audiencia de adjudicación. Fue un representante de la Universidad de Medellín quien identificó el error, y lo hizo luego de la finalización de la diligencia de adjudicación. Al margen de lo anterior, la demandante no demostró que, de haber aplicado la fórmula

matemática de manera adecuada, habría resultado ubicada en el primer lugar del orden de elegibilidad, por lo que en todo caso no habría lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

De otra parte, la CNSC llamó la atención sobre el hecho de que la Fundación Universitaria del Área Andina solicitara el reconocimiento de la utilidad esperada, pese a que su naturaleza era la de una entidad de derecho privado sin ánimo de lucro. En criterio de la CNSC, el hecho de que la demandante solicitara el reconocimiento y pago de la utilidad esperada y, en general, el pago de sus pretensiones económicas, llevaba a considerar que sus pretensiones iban en contravía de su realidad; "[...] en otras palabras, prima su interés económico a su ánimo real". En cualquier caso, la entidad accionada advirtió que la Fundación Universitaria del Área Andina no allegó pruebas para demostrar la utilidad esperada, ni mucho menos los elementos probatorios que acreditaran los gastos de confección del ofrecimiento y de representación judicial. De ahí que la accionante estimara que las pretensiones de restablecimiento del derecho debían ser desestimadas.

Por último, la CNSC formuló como excepciones de mérito las siguientes: (i) legalidad del acto de adjudicación, la cual sustentó en el hecho de que la demandante había resultado vencida en el proceso licitatorio por su propia culpa en tanto no previó lo necesario para su representación en la diligencia de adjudicación, al paso que no advirtió oportunamente el error endilgado a la entidad; y (ii) cobro de lo no debido, en tanto la parte accionante solicita el reconocimiento de los gastos de confección del ofrecimiento, pese a que éstos constituyen costos de oportunidad que debían ser asumidos para participar en el proceso de licitación, sin que garantizaran de manera alguna la adjudicación del contrato estatal.

La Universidad Libre³, quien fue vinculada al proceso en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, se opuso a las pretensiones de la demanda, con sustento en los siguientes argumentos:

No era cierto que la CNSC hubiere desconocido el derecho que le asistía a la demandante a participar en el trámite de la audiencia de adjudicación. El poder presentado por la Fundación Universitaria del Área Andina no contaba con la nota de presentación personal exigida en la ley, por lo que la CNSC se abstuvo de reconocer personería jurídica al apoderado que compareció a la diligencia en representación de la institución educativa. Aun cuando los asistentes a la audiencia por parte de la demandante tuvieron la oportunidad de presentar un nuevo poder, lo cierto es que no actuaron con la debida diligencia para lograr su intervención en la

3 CD – fl 66, Cuaderno Principal, archivo denominado "10_250002336000201900682007RECIBEMEMORIAL20210414074252_TCDescargaTotalItem133076437319426686.PDF".

audiencia de adjudicación, razón por la cual su participación en la referida diligencia se vio frustrada por su propia culpa.

Tampoco era cierto que el documento de respuestas a las observaciones y el informe final de evaluación de las propuestas hubieren dado como ganador a la Fundación Universitaria del Área Andina, ni mucho menos que el informe de evaluación final hubiere sido reemplazado en la diligencia de adjudicación. Al punto, la Universidad Libre explicó que inicialmente el único oferente habilitado fue la Fundación Universitaria del Área Andina, motivo por el cual apareció en el informe preliminar de evaluación de las propuestas como el único oferente que resultó calificado en el componente técnico. Posteriormente, la Universidad Libre subsanó su propuesta, lo que condujo a

que la CNSC la habilitara y adelantara el análisis integral de comparación de los ofrecimientos en el informe final de evaluación de las propuestas. A partir de este ejercicio comparativo, la CNSC determinó que existió un empate entre la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre, lo que hizo necesario acudir a los criterios de desempate definidos en el pliego de condiciones, cuya aplicación dio como ganador a la Universidad Libre.

Es así que desde un principio el informe final de evaluación de los ofrecimientos estableció un empate en el puntaje asignado frente a cada uno de los factores de selección, sin que pueda llegar a corroborarse lo sostenido por la accionante en el sentido de indicar que la entidad reemplazó el informe de evaluación que lo dio como ganador. En este particular la Universidad Libre destacó que *"[...] el informe de evaluación entregado corresponde a lo realizado por el Comité Asesor y Evaluador después del análisis de las observaciones presentadas por los oferentes y de acuerdo con lo respondido a cada una de ellas, informe en el que se consignaron los puntajes para las dos universidades habilitadas [...] arrojando un resultado de 600 puntos cada una, en el criterio técnico, y 389.98 puntos cada una, en el criterio económico, lo que generó empate entre las dos ofertas, con un puntaje de 989.98 igual para las dos ofertas"*.

Por otra parte, la Universidad Libre destacó que tampoco era cierto que en el análisis de comparación de los ofrecimientos hubiere mediado un error en la aplicación de la fórmula del método de media geométrica con presupuesto oficial. En cualquier caso, lo cierto era que durante el curso de la audiencia de adjudicación ninguno de los participantes en el proceso licitatorio puso de presente un error de la anotada envergadura, pese a que la CNSC brindó un espacio para que los participantes se pronunciaran sobre el informe final de evaluación de las propuestas. En este punto la demandada destacó que la Fundación Universitaria del Área Andina no pudo aprovechar esta oportunidad por no haber presentado un poder otorgado en debida forma. De ahí que la demandante dejara fenecer la oportunidad que le fue conferida para ejercer su derecho de defensa y contradicción, lo que evidenció su falta de diligencia en el trámite del proceso licitatorio.

En línea con todo lo expuesto, la Universidad Libre refirió que el acto administrativo proferido por la CNSC no desconoció el deber de selección objetiva. En su criterio, la evaluación adelantada por la entidad demandada se ciñó estrictamente a las reglas establecidas en el pliego de condiciones, siendo falso que el puntaje asignado en su favor se hubiere basado en la errada e ilegítima aplicación de las condiciones objetivas definidas en el pliego de condiciones. A lo anterior agregó que su propuesta no solo atendió en su integridad los requisitos exigidos

para participar en el proceso licitatorio, sino también representó condiciones técnicas y económicas sólidas que llevaron a considerarla como la más favorable para la entidad junto con la propuesta presentada por la Fundación Universitaria del Área Andina. Es por este motivo que se hizo necesario acudir a los factores de desempate establecidos en el pliego de condiciones, los cuales definieron la adjudicación por la vía del sorteo por balota en favor de la Universidad Libre.

De otra parte, en lo que respecta a la falsa motivación del acto de adjudicación, la institución educativa accionada rechazó de plano lo alegado en ese sentido en la medida en que el acto administrativo daba cuenta rigurosa de los hechos en que se fundamentó, al tiempo que se enmarcaba en todo a los postulados constitucionales y legales que rigen la materia, y a los principios de transparencia y selección objetiva inherentes a los procesos de selección. De este modo, concluyó que no era aceptable ningún cuestionamiento sobre la legalidad del acto que dio por terminado el proceso licitatorio No. CNSC-LP-001.

Vistas así las cosas, con fundamento en lo expuesto, la Universidad Libre formuló como excepciones de mérito las que denominó: **(i)** inexistencia de expedición irregular del acto

demandado, por haberse cumplido con la totalidad de los trámites del proceso de adjudicación; **(ii)** inexistencia de la violación del principio de selección objetiva; y **(iii)** inexistencia de la falsa motivación de la Resolución 20191400021505 mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. CNSC-LP- 001 DE 2019.

Alegatos de conclusión

La **Fundación Universitaria del Área Andina**⁴ solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

En el proceso quedó demostrado que la **CNSC** erró en la aplicación de la fórmula matemática referente al método de media geométrica con presupuesto oficial, de cara al análisis de comparación de las propuestas en el componente económico. De ello no solo daba cuenta el material documental arrojado al proceso judicial, como la Resolución No. CNSC 20191400023225 del 10 de abril de 2019 por medio de la cual la entidad resolvió la solicitud de revocatoria directa imputada por la demandante; sino también los testimonios de Olga Yurani Rodríguez Otero

–integrante del comité evaluador financiero de la **CNSC**– y de Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso –jefe de la oficina asesora jurídica de la **CNSC**–, quienes reconocieron **(i)** que la entidad incurrió en un error al aplicar la fórmula matemática,

(ii) que el error alteró el resultado final de la evaluación del componente económico en perjuicio de la demandante, y **(iii)** que como consecuencia de lo anterior, solicitaron a la Universidad Libre su consentimiento para revocar el acto de adjudicación, lo cual no fue autorizado por la institución educativa.

También quedó acreditado que, pese a que la **CNSC** advirtió el error en que incurrió en la evaluación del componente económico de las propuestas y su incidencia en la irregular adjudicación a la Universidad Libre, decidió continuar el proceso

4 CD – fl 66, cuaderno principal, archivo denominado "74_250002336000201900682002RECIBEMEMORIAL20211118083501_TCDescargaTotalItem133076433491846993.PDF".

licitatorio, suscribiendo el contrato No. 247 de 2019 con la institución educativa que resultó adjudicataria. Lo anterior, aunque contaba con medios para corregir su equivocación, como lo era la revocatoria directa del acto administrativo por haber sido obtenido por medios ilegales, al igual que la posibilidad de demandar su propio acto de adjudicación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sumado a lo anterior, resultó demostrado que la **CNSC** desconoció el derecho de la **Fundación Universitaria del Área Andina** a ser representada y a participar en la audiencia de adjudicación, al no haberle reconocido personería jurídica a su abogado aduciendo el incumplimiento de requisitos que no contaban con respaldo en la ley ni en el pliego de condiciones. Inclusive, en el proceso judicial de la referencia la **CNSC** trató de justificar su error en el hecho de que la **Fundación Universitaria del Área Andina** no hubiese tenido participación en la audiencia de adjudicación y, en dicho orden, no hubiese puesto de presente la errónea aplicación de la fórmula matemática establecida para la ponderación de los ofrecimientos económicos, lo que, contrario a lo indicado por la entidad accionada, sí ocurrió como se acreditó con el testimonio de Juan Carlos Sarmiento y de Jorge Andrés Castañeda Correal.

En cualquier caso, aun en el hipotético escenario en que la Fundación Universitaria del Área Andina hubiere guardado silencio, lo cierto es que ello no podía interpretarse como señal de aceptación, anuencia o conformidad con lo decidido por la CNSC. En este particular agregó que "[...] *ello no es fundamento para validar un error en la aplicación de la fórmula cometido por el grupo técnico de la entidad, pues, es su obligación cumplir con el Pliego de Condiciones y adelantar los trámites en debida manera, por tanto, no es válido que pretenda soportar una adjudicación que se realizó vulnerando los elementos, trámites del proceso y aplicación de las fórmulas de calificación en que para la demandada es tan solo un "error humano" que no llevaba a la ilegalidad de la Resolución No. CNSC 20191400021505 del 3 de abril de 2019, a sabiendas que, como se evidenció con el testimonio de la señora Olga Yurani, de no haber existido dicho error los resultados de la adjudicación hubiesen sido totalmente adversos*".

Para la demandante, el acto administrativo de adjudicación se edificó sobre la base de un hecho falso, como lo era el empate en el puntaje asignado por concepto del factor económico a la Fundación Universitaria del Área Andina y a la Universidad Libre. En su criterio, el empate no era posible en la medida en que el valor de los ofrecimientos económicos era diferente, lo que hacía improbable que el ejercicio matemático que debía desplegarse para el cotejo de tales ofrecimientos arrojara como resultado el mismo puntaje para los participantes en el proceso licitatorio.

De otra parte, no debía perderse de vista que el acta de consolidación final de la evaluación de los ofrecimientos, que fue entregada a los interesados en la parte inicial de la audiencia de adjudicación, reflejaba que a la Fundación Universitaria del Área Andina le fue asignado un puntaje de 389.99 por concepto del factor económico, al paso que a la Universidad Libre le fue asignado un puntaje de 389.98 por ese mismo concepto, lo que daba como ganador a la Fundación Universitaria del Área Andina. No obstante, tal y como lo corroboraron los testimonios de Juan Carlos Sarmiento Núñez y Jorge Andrés Castañeda Correal, el acta de evaluación final fue retirada sin justificación alguna y reemplazada por otra que arrojó como resultado un empate en la evaluación económica de los ofrecimientos.

De este modo, de cara a los argumentos que fueron expuestos, la demandante concluyó que el acto de adjudicación adolecía de nulidad por falsa motivación y por el desconocimiento del deber de selección objetiva. A lo anterior agregó que la decisión de la CNSC la privó de percibir las utilidades que habría reportado la ejecución del contrato, al tiempo que destacó que su participación en el proceso licitatorio comportó gastos que también debían ser indemnizados. De acuerdo con lo expuesto por la demandante, los perjuicios estaban probados con su propuesta –la cual discriminó la utilidad que habría reportado la ejecución del contrato– y con el dictamen pericial allegado con la demanda para demostrar los gastos de confección de su propuesta, el cual, destacó, cumplía con los requisitos de ley y gozaba de plena validez.

Por último, refirió que con motivo de la expedición del acto administrativo de adjudicación la Fundación Universitaria del Área Andina se vio obligada a contratar un equipo jurídico y a cancelar sus honorarios para obtener acompañamiento judicial y defender sus intereses. Estos gastos, cuyo reconocimiento fue solicitado en las pretensiones de la demanda, igualmente se encontraban acreditados a partir del dictamen pericial que presentó con su demanda.

La CNSC⁵ solicitó declarar probadas las excepciones propuestas con la contestación de la demanda, negar las pretensiones que fueron formuladas en el libelo genitor y condenar en costas a la Fundación Universitaria del Área Andina. Para sustentar sus peticiones, expuso

los siguientes argumentos:

El proceso de evaluación final adelantado por la CNSC no tenía la virtualidad de generar la anulación del acto administrativo de adjudicación. Ello, porque la demandante no aprovechó la oportunidad prevista en el ordenamiento jurídico para ventilar el error en que incurrió la CNSC, al aplicar la fórmula matemática establecida en el pliego de condiciones para el método de media geométrica con presupuesto oficial.

Aun cuando no se hubiere permitido la participación de la Fundación Universitaria del Área Andina en el desarrollo de la audiencia de adjudicación, lo cierto es que ello obedeció a que incumplió el deber específico de acudir a esa diligencia con un apoderado especial para que la representara. Al respecto, explicó que el otorgamiento de poder especial en las actuaciones administrativas "[...] *no se escapa del deber específico de contar con la correspondiente nota de presentación personal, pues, solo de esa manera, es posible establecer la calidad de quienes actúan en nombre y representación de un tercero*". De este modo, concluyó que la carencia de poder especial se constituyó en un error de la parte demandante que no podía aprovechar en su favor, como pretendía hacerlo en este proceso.

Desde esta perspectiva, la CNSC concluyó que la desidia de la demandante al no objetar en el momento oportuno el yerro aritmético que ahora alega, sumado al hecho de que no enmendó el error en que incurrió al presentar un poder especial que carecía de la nota de presentación personal, debían llevar a concluir que los cargos formulados contra el acto de adjudicación no tenían vocación de prosperidad. Sobre este particular agregó que pretender objetar de manera indefinida un informe de evaluación vulneraba la seguridad jurídica, así como también comportaba el

5 CD – fl 66, cuaderno principal, archivo denominado "69_250002336000201900682002RECIBEMEMORIAL20211117154957_TCDescargaTotalItem133076433685049735.PDF".

desconocimiento del carácter preclusivo y perentorio de las etapas procesales que integran el procedimiento de selección.

A todo lo anterior agregó que la Fundación Universitaria del Área Andina no probó que habría resultado adjudicataria. Al punto, explicó que "*el hecho de que se haya cometido un error que no fue saneado a tiempo por quien ahora alega su propia desidia, no puede ser tenido en cuenta como una inferencia razonable y definitiva para llegar al grado de convicción necesaria, que la aquí demandante hubiere resultado la ganadora*". De ahí que refiriera que las pretensiones de la demanda descansaban sobre meras suposiciones de la demandante, que no contaban con respaldo probatorio alguno.

Por último, la entidad sostuvo que, aun en el hipotético escenario en que se declarara la nulidad del acto administrativo de adjudicación, la demandante no acreditó la existencia de daños y perjuicios reales. Si bien allegó un dictamen pericial con ese propósito, lo cierto es que (i) el perito no demostró su idoneidad para elaborar el dictamen pericial; (ii) el dictamen pericial no fue acompañado de los documentos técnicos, financieros y jurídicos que permitieran determinar la fuente de las reclamaciones, y (iii) la sustentación de las conclusiones de la pericia fue deficiente.

La Universidad Libre⁶ solicitó rechazar las pretensiones de la demanda, con sustento en los mismos argumentos que esbozó al momento de contestar la demanda.

Sentencia de primera instancia

En sentencia del 6 de mayo de 2022⁷, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, condenó en costas a la parte accionante. Para adoptar estas decisiones, expuso los siguientes argumentos:

Los cargos de nulidad formulados contra el acto de adjudicación no tenían vocación de prosperidad, porque la demandante no demostró en qué consistió el error que frustró su escogencia dentro del proceso licitatorio o, lo que es lo mismo, no acreditó cuál fue la equivocación que comportó la indebida aplicación de la fórmula matemática establecida en el pliego de condiciones para el método de ponderación de media geométrica con presupuesto oficial, de cara al análisis de comparación de las propuestas en el componente económico.

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal destacó que en el proceso no obraba "[...] prueba de un experto en finanzas o en matemáticas que explicara en qué consistió el error y de qué manera se aplicó y el error en que supuestamente incurrió la CNSC, por lo que el cargo alegado no tiene vocación de prosperar". En este particular agregó que a la Sala de Decisión no correspondía efectuar el análisis de una fórmula matemática que contenía diferentes variables o conceptos, lo que, en su criterio, debió ser abordado por un especialista en la materia.

6 CD – fl 66, cuaderno principal, archivo denominado "71_250002336000201900682002RECIBEMEMORIAL20211117170358_TCDescargaTotalItem133076433594930421.PDF".

7 SAMAI – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, índice No. 53.

Aun cuando en el libelo genitor la demandante hubiere aplicado la fórmula matemática y determinado con ello que su propuesta era la más favorable, lo cierto es que dicho ejercicio no era indicativo de la ilegalidad del acto de adjudicación en tanto no detalló el procedimiento que empleó para llegar a esa conclusión. Al respecto, el Tribunal explicó que no resultaba suficiente que en la demanda se hubiere ilustrado la forma en que, para el extremo activo, debió aplicarse la fórmula matemática, pues se requería que "[...] que la misma hubiera sido explicada en forma detallada y sucinta la aplicación de cada uno de los valores, variables y operaciones que llevan a la certeza de cómo se obtienen [sic] la media geométrica con el presupuesto oficial".

Por último, en lo que respecta a lo alegado en punto a que la CNSC no hubiere permitido la participación de la demandante en el desarrollo de la audiencia de adjudicación, el Tribunal consideró que en el caso concreto la entidad no desconoció el derecho al debido proceso de la demandante. Al punto, precisó que los delegados de la Fundación Universitaria del Área Andina estuvieron presentes durante el desarrollo de la audiencia de adjudicación, al paso que resaltó que para adelantar el proceso de desempate por sorteo de balotas la CNSC designó a un funcionario de la entidad para que representara a la demandante en ese trámite. De ahí que el Tribunal concluyera que la entidad garantizó el derecho de participación de la demandante en el proceso de desempate adelantado para realizar la adjudicación.

En estas condiciones, el Tribunal concluyó que el acto administrativo demandado guardaba conformidad con el ordenamiento jurídico superior, por lo que las pretensiones de la demanda debían ser negadas. En el anterior orden, el Tribunal condenó en costas a la Fundación Universitaria del Área Andina, de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante, CPACA–, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso –

–en adelante, CGP–. Adicionalmente, fijó agencias en derecho en un porcentaje equivalente al 3% de las pretensiones económicas de la demanda, esto es, por la suma de \$18.294.337.

El recurso de apelación

En su apelación la parte demandante⁸ solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. En sustento, expone los siguientes planteamientos:

El fallo proferido por el Tribunal desbordó el objeto del litigio, el cual estaba limitado al estudio de las repercusiones que para el proceso licitatorio comportó el error en que incurrió la CNSC al aplicar indebidamente la fórmula matemática establecida para el método de media geométrica con presupuesto oficial. En el anterior orden de ideas, para la demandante el debate no debió haberse centrado en determinar si estaba probado el error en la aplicación de la fórmula matemática, pues ello fue reconocido expresamente por la CNSC, inclusive, antes del inicio del proceso judicial y, en todo caso, contaba con suficiente respaldo en las pruebas documentales allegadas al proceso y en los testimonios de Olga Yurani Rodríguez Otero, Juan Carlos Sarmiento, Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso y Jorge Andrés

8 SAMAI – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, índice No. 57.

Castañeda Correal.

En desarrollo de lo anterior, la parte recurrente sostiene que las pruebas documentales que obran en el expediente acreditaban: **(i)** el error en que incurrió la CNSC al aplicar la fórmula matemática establecida en el pliego de condiciones para el método de comparación de las propuestas en el componente económico, **(ii)** las repercusiones negativas que dicho error comportó en el proceso de selección, las cuales fueron concretadas en la indebida adjudicación del contrato estatal a la Universidad Libre; y **(iii)** la circunstancia de que, de haberse aplicado la fórmula matemática en debida forma, la Fundación Universitaria del Área Andina habría resultado adjudicataria en el marco del proceso de selección.

En igual medida, las pruebas testimoniales practicadas dentro del proceso demostraban las circunstancias que frustraron la escogencia del proponente que ofreció las condiciones más favorables para la CNSC. Al efecto, la recurrente advierte que: **(i)** el testimonio de Olga Yurani Rodríguez Otero da cuenta del error en que incurrió la entidad demandada y de las repercusiones que ese error tuvo en el proceso licitatorio; **(ii)** el testimonio de Juan Carlos Sarmiento igualmente prueba la equivocación de la entidad demandada al adelantar el análisis de comparación de las propuestas, al tiempo que acredita que el error no solo fue advertido por la demandante, sino también por otros participantes en el proceso licitatorio; **(iii)** el testimonio de Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso ilustra que el error de la entidad consistió en haber aplicado u omitido un paréntesis a la fórmula matemática, lo que a la postre frustró la escogencia de la Fundación Universitaria del Área Andina; y

(iv) el testimonio de Jorge Andrés Castañeda Correal confirma que el error consistió en haber omitido un paréntesis de la fórmula matemática, lo cual alteró la jerarquía de la operación aritmética.

Pese a que los medios probatorios aportados, decretados y practicados dentro del proceso dan cuenta de las irregularidades que se presentaron en el proceso licitatorio, el Tribunal desconoció los preceptos que regulan los medios de prueba en el proceso contencioso administrativo, al

tiempo que "[...] *no tuvo en cuenta integralmente los medios probatorios que hacen parte dentro del presente proceso, pues de haberlo hecho sin lugar a duda lógica habría evidenciado el error cometido y confesado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y que trajo consigo una indebida adjudicación del proceso licitatorio, configurándose con ello una indebida valoración probatoria, que da lugar a que prospere el presente reparo a la Sentencia que es objeto de apelación*".

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que no estaba probado que la CNSC erró al adelantar el análisis de comparación de los ofrecimientos, lo cierto es que aun en ese hipotético escenario el Tribunal debió decretar de oficio las pruebas que estimara necesarias para el esclarecimiento de la verdad. En efecto, ante la duda o incertidumbre en relación con el procedimiento matemático, debió decretar pruebas de oficio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 213 del CPACA, o por lo menos procurar la aclaración de los puntos dudosos, como auténticamente lo era el hecho de que dos ofrecimientos económicos diferentes hubiesen obtenido el mismo puntaje en el análisis de ponderación adelantado en función de la fórmula establecida en el pliego de condiciones.

Al margen de lo expuesto en los anteriores términos, la parte recurrente

estima que tanto el error en el que incurrió la CNSC en el marco del trámite de evaluación de las propuestas, como las repercusiones que dicho error comportó para el proceso licitatorio, son hechos notorios que no requerían prueba, en los términos del artículo 167 del CGP. En este punto explicó que en el proceso de la referencia las partes aceptaron y reconocieron las irregularidades que se presentaron en el marco del proceso de selección, por lo que resultaba manifiestamente innecesario que el Tribunal hubiere echado de menos un dictamen pericial en el que se diera constancia de una situación que ya estaba probada, confesada y que, además, era notoria a simple vista.

Por otra parte, la Fundación Universitaria del Área Andina considera que el fallo de primera instancia desconoce precedentes jurisprudenciales que destacan la trascendencia que tiene el testimonio, como medio probatorio que permite llevar al Juez al convencimiento sobre los hechos que son objeto de controversia. En el mismo sentido, la recurrente estima que el Tribunal desconoció un precedente jurisprudencial que delimita el deber de decretar pruebas de oficio, lo que se hace imperativo en aquellos casos en que surja la necesidad de esclarecer asuntos indefinidos en el proceso judicial. En el anterior sentido, "*la decisión infundada, apartada del ordenamiento jurídico y de criterios jurisprudenciales, evidentemente salta y desconoce el derecho constitucional a la igualdad, ya que al presentarse casos análogos lo que corresponde es que el juzgador adopte una decisión congruente con el precedente jurisprudencial*".

En todo caso, la recurrente indica que no descarta la posibilidad de solicitar el decreto de pruebas en segunda instancia, habida cuenta de que el Tribunal negó las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que no fue allegado al proceso un dictamen pericial que acreditara el error en que incurrió la CNSC. En este punto la demandante plantea que el argumento expuesto por el Tribunal debía tenerse como un hecho nuevo, de ahí que se reservaba su derecho a pedir las pruebas que estimara pertinente, a propósito de lo cual insistió en que, en cualquier caso, el juez de segunda instancia podía decretar pruebas de oficio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 213 del CPACA. Lo anterior, sin perjuicio de considerar que al proceso fueron allegados los medios probatorios que acreditaban plenamente que la CNSC aplicó erróneamente la fórmula matemática escogida para la ponderación de los ofrecimientos en el componente económico.

5.1.8. Por último, la Fundación Universitaria del Área Andina cuestionó la condena en costas

impuesta en su contra en la sentencia de primera instancia. En su criterio, esa determinación resultaba improcedente y, por demás, exagerada, en tanto no existió mala fe de su parte ni mucho menos temeridad. Por el contrario, la demandante obró de manera diligente en el sentido de proveer al debate los elementos necesarios para adoptar una decisión de fondo, al tiempo que destacó que sus actuaciones estuvieron dirigidas a dinamizar el debate y, además, siempre estuvieron fundadas en derecho.

Trámite posterior a la notificación de la sentencia de primera instancia

Mediante auto del 19 de julio de 2022⁹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación impetrado

9 SAMAI – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, índice No. 59.

por la Fundación Universitaria del Área Andina.

Por medio de escrito presentado el 25 de julio de 2022¹⁰, la Fundación Universitaria del Área Andina, con sustento en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 212 del CPACA¹¹, solicitó el decreto y práctica de un dictamen pericial por parte de un experto, para que diera cuenta de la forma en que debió aplicarse la fórmula matemática escogida para ponderar el componente económico de los ofrecimientos, así como también para que explicara su contenido y brindara constancia sobre el mismo. Para la accionante, la solicitud probatoria tenía vocación de prosperidad en la medida en que recaía sobre un hecho acaecido con posterioridad al vencimiento de la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, como lo era aquel según el cual el Tribunal hubiere negado las pretensiones de la demanda porque la accionante no demostró el error en que incurrió la entidad a través de un dictamen pericial.

Trámite de segunda instancia

Por medio de auto del 8 de noviembre de 2022¹², el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación impetrado por la parte accionante.

De conformidad con el numeral 4 del artículo 247¹³ del CPACA, los sujetos procesales tenían hasta la ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación para pronunciarse sobre el mismo, término que se cumplió sin manifestación alguna por parte de la Universidad Libre.

En el término dispuesto en el numeral 4 del citado artículo 247¹⁴, la CNSC se pronunció sobre el recurso de apelación presentado por la Fundación Universitaria del Área Andina, en el sentido de indicar que los reparos formulados no tenían vocación de prosperidad.

Para la CNSC, el Tribunal no incurrió en un yerro de orden probatorio en la medida en que, contrario a lo alegado por la Fundación Universitaria del Área Andina, sí valoró en su integridad el material probatorio obrante en el expediente. Cosa distinta es que hubiere echado de menos un dictamen pericial que demostrara

10 SAMAI – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, índice No. 63.

11 "**ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS.** Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código. En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las

mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada. [...] En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos: [...] 3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos".

12 SAMAI – Consejo de Estado, índice No. 3.

13 **"ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.**
<Artículo

modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...] 4. Desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes. [...]"

14 SAMAI – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, índice No. 64.

el error en que incurrió la entidad, lo que obedeció al margen de apreciación de la prueba que ostentaba el Tribunal como juez de la controversia.

En línea con lo anterior, indicó que "[...] *El dictamen técnico que echo de menos el Tribunal para no acceder a las súplicas de la demanda se funda en el principio de la necesidad de la prueba, entre otras consideraciones, porque resultaba indispensable para la demostración de los hechos en el proceso*". En el anterior orden, la falta de una prueba pericial impidió realizar un análisis probatorio integral, que permitiera confirmar la tesis planteada en el libelo genitor.

De otra parte, la CNSC sostuvo que lo alegado en punto al hecho notorio no tenía asidero alguno, pues insistió en que en el caso concreto no se presentó un dictamen pericial que permitiera corroborar la hipótesis planteada por la accionante. Tampoco tenía vocación de prosperidad lo planteado en relación con el desconocimiento de varios precedentes jurisprudenciales, pues los mismos no eran aplicables al caso concreto.

Por último, la entidad accionada sostuvo que la condena en costas en sede de primera instancia si resultaba procedente, porque se reunían los presupuestos establecidos para el efecto en el artículo 188 del CPACA.

En el término dispuesto en el numeral 6 del referido artículo 247¹⁵ del CPACA, el Ministerio Público rindió concepto¹⁶ en el sentido de sugerir que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accediera parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para el Ministerio público, los motivos que justifican adoptar la decisión sugerida son los siguientes:

Contrario a lo planteado por la recurrente, el objeto del litigio exigía determinar, como primer punto, si estaba demostrado que la CNSC incurrió en un error al aplicar la fórmula matemática para la ponderación del componente económico de los ofrecimientos, pues ese fue el fundamento para cuestionar la legalidad del acto administrativo de adjudicación.

Desde esta perspectiva, el Ministerio Público abordó el análisis de las pruebas obrantes en el expediente, punto en el cual destacó la operación matemática desplegada por la parte accionante para aplicar la fórmula de la media geométrica con presupuesto oficial y, así, concluir que su

ofrecimiento económico era el más favorable para la entidad. En este contexto, el Ministerio Público detalló paso a paso la forma en que la demandante realizó la operación aritmética, y concluyó que su propuesta económica se ajustaba en mayor medida a la media geométrica porque solo se distanciaba de su valor en cerca de \$23.000.000, mientras que el ofrecimiento económico de la Universidad Libre se distanciaba del mismo en cerca de \$64.000.000. De este modo, era lógico deducir que no pudo existir un empate en el factor de evaluación económica, situación que bien pudo ser advertida por el Tribunal porque las pruebas que fueron referenciadas en la sentencia de primera

15 **"ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.**
<Artículo

modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...] 6. El Ministerio Público podrá emitir concepto desde que se admite el recurso y hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia."

16 SAMAI – Consejo de Estado, índice No. 9.

instancia daban cuenta de la diferencia que existía entre el ofrecimiento económico de los participantes y el valor de la media geométrica.

Sumado a lo anterior, el Ministerio público hizo énfasis en lo relatado por los testigos Olga Yurani Rodríguez Otero –integrante del comité evaluador financiero de la CNSC– y de Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso –jefe de la oficina asesora jurídica de la CNSC–, quienes reconocieron que el comité evaluador erró en la aplicación de la fórmula matemática escogida para adelantar el análisis de comparación en el componente económico de los ofrecimientos, así como también que ese error alteró el resultado final de la operación. De hecho, destacó que el testigo Valdivieso Valdivieso reconoció que la CNSC solicitó a la Universidad Libre su consentimiento para revocar el acto de adjudicación, frente a lo cual la entidad obtuvo una respuesta negativa. De ahí que la entidad diera cumplimiento al acto administrativo de adjudicación, como efectivamente lo hizo firmando el contrato con la Universidad Libre.

En estas condiciones, de cara a los anteriores planteamientos, el Ministerio Público estimó que le asistía razón a la parte recurrente al afirmar que el Tribunal incurrió en una indebida valoración probatoria, lo que, en su criterio, afloraba a partir del hecho de que el *a quo* hubiere **(i)** ignorado la prueba testimonial que daba cuenta del error en que incurrió la entidad al adelantar el análisis de comparación de las propuestas, **(ii)** omitido que las pruebas que referenció en la sentencia daban cuenta de la imposibilidad de que se presentara un empate en el proceso licitatorio; y **(iii)** prescindido de adelantar una operación matemática para aplicar la fórmula de la media geométrica con presupuesto oficial, con el propósito de corroborar la hipótesis planteada en el libelo introductorio.

En este particular agregó que, de haber apreciado en su integridad las pruebas que obraban en el expediente, el Tribunal habría concluido que, efectivamente, la CNSC aplicó de manera errada la fórmula establecida en el pliego de condiciones para la ponderación económica de los ofrecimientos, y que ese error llevó a considerar la existencia de un empate que, a la postre, dio lugar a la escogencia de la Universidad Libre. De ahí que el Ministerio Público concluyera que el acto administrativo demandado estaba viciado de falsa motivación, en tanto la adjudicación estuvo edificada sobre la base de un error matemático que dio lugar a un hecho falso, como lo era el empate en el puntaje asignado a la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre.

En auto del 30 de marzo de 2023¹⁷, el Consejo de Estado negó la solicitud probatoria presentada por la Fundación Universitaria del Área Andina. Ello, como quiera que el fundamento de la sentencia de primera instancia no podía considerarse como un hecho nuevo que abriera paso a la posibilidad de solicitar el decreto de pruebas en segunda instancia. De hecho, el defecto en la actividad probatoria advertido por el Tribunal, que lo llevó a negar las pretensiones de la demanda, acaeció antes de que se profiriera la sentencia impugnada y era atribuible a la demandante al no honrar la carga probatoria que le asistía por expresa disposición legal. De allí que se concluyera que la solicitud de pruebas no tenía vocación de prosperidad, pues en realidad pretendía corregir la falta de diligencia probatoria de la demandante en el trámite de la primera instancia.

17 SAMAI – Consejo de Estado, índice No. 13.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) régimen de contratación aplicable a la CNSC y régimen jurídico del proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001; (2) presupuestos procesales, (3) objeto del recurso y problema jurídico a resolver; (4) hechos probados; (5) caso concreto; y (6) costas.

Régimen de contratación aplicable a la CNSC y régimen jurídico del proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001

Previo a abordar el estudio de los presupuestos procesales, la Sala estima necesario establecer el régimen de contratación de la CNSC y, por contera, el régimen jurídico al cual estuvo sometido el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001, porque dichos aspectos determinan la naturaleza jurídica del acto precontractual objeto de reproche, el medio de control procedente para perseguir la indemnización del daño que alega la parte accionante, y la forma en que habrá de resolverse el asunto sometido a consideración de la Sala¹⁸.

Sobre este particular no debe perderse de vista que el régimen de contratación de una entidad estatal no solo tiene incidencia en el ámbito de la celebración y ejecución del contrato, sino también en la etapa de formación del negocio jurídico¹⁹. A su vez, cabe resaltar que el régimen jurídico del procedimiento de selección determina la naturaleza jurídica del acto de adjudicación, lo que válidamente permite considerar que en el proceso administrativo que se rige bajo las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –**en adelante, EGCAP**–, el acto de adjudicación tendrá la naturaleza de un acto administrativo, al paso que en el proceso de selección que se gobierna por las normas del derecho privado, la adjudicación tendrá la naturaleza de un acto de gestión contractual, porque, tal y como lo ha considerado esta Subsección en anteriores oportunidades, la aplicación del derecho privado en la etapa de formación del contrato estatal supone igualdad de condiciones, y no una posición de supremacía que le permita a la Administración Pública imponer sus decisiones en contra de la voluntad de los particulares²⁰.

Bajo este panorama, para efectos de establecer el régimen de contratación de la CNSC, la Sala debe empezar por recordar que la Ley 80 de 1993 fue expedida bajo la idea de crear un estatuto universal de la contratación estatal, que estableciera "[...] *un marco normativo general, homogéneo y uniforme para la actividad estatal en materia de contratación pública, atendiendo a lo ordenado por el artículo 150 de la Constitución Política*"²¹. De allí que el **EGCAP** extendiera su aplicación no solo a las entidades estatales que de manera expresa aparecen enlistadas en el numeral

18 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de junio de 2024, exp. 66688.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de junio de 2024, exp. 66688. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2020, exp. 31628.

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2020, exp. 31628.

21 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de mayo de 2021, exp. 2456.

1 de su artículo 2²², sino también a todos los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Desde esta perspectiva, el **EGCAP** se erige como la regla general aplicable a la contratación de las entidades estatales, salvo norma especial que indique la aplicación de un régimen de contratación especial²³. Al punto, resulta de vital importancia destacar que toda excepción a la regla general debe ser de creación constitucional o legal, habida consideración de la especial naturaleza que ostenta el **EGCAP** ²⁴. En efecto, "[...] *si el Estatuto de contratación, acorde con las normas constitucional [sic], es de carácter legal, es claro que debe existir una norma del mismo rango o de origen constitucional que permita sustentar un régimen jurídico especial de contratación*"²⁵. Es así que no cualquier disposición normativa tenga la virtualidad de alterar la regla general según la cual el **EGCAP** resulta aplicable a la actividad contractual de las entidades estatales.

Pues bien, descendiendo al caso concreto la Sala advierte que la CNSC encuentra su génesis en la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 130 dispuso que "*Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial*". Posteriormente, la Ley 909 de 2004, al regular el sistema de empleo público y los principios básicos que deben normar el ejercicio de la gerencia pública, se ocupó de definir la naturaleza jurídica de la CNSC y de establecer sus funciones, al tiempo que determinó su organización, estructura y composición.

En lo que tiene que ver con su naturaleza jurídica, el artículo 7²⁶ de la Ley 909 de

22 "ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS

PÚBLICOS. *Para los solos efectos de esta ley:*

1o. Se denominan entidades estatales:

La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las

superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. [...]".

23 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de noviembre de 2005, exp. 1691.

24 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de diciembre de 2022, exp. 2488.

25 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de diciembre de 2022, exp. 2488.

26 "ARTÍCULO 7o. NATURALEZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. La Comisión

Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la

2004 establece que la CNSC es un órgano de carácter permanente a nivel nacional independiente de las ramas y órganos del poder público, que está dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. De acuerdo con la citada norma, su razón de ser está dada por la necesidad de contar con un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público, lo que naturalmente le otorga la competencia para adelantar las funciones necesarias para lograr su misión institucional, entre las cuales destaca aquella según la cual debe realizar los concursos de mérito para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones educativas que contrate para tal fin (literal i del artículo 11²⁷ *ejusdem*).

A lo anterior cabe agregar que el artículo 13²⁸ *ejusdem* otorgó libertad a la CNSN para adoptar su reglamento de organización y funcionamiento, lo que la entidad materializó, inicialmente, a través de Acuerdo No. 1 de 2004. Posteriormente, la CNSC profirió el Acuerdo No. CNSC - 20181000000016 de 2018²⁹, en el que, además de reproducir lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 en punto a la naturaleza jurídica de la entidad, estableció en su artículo 23 que "[...] *Los contratos que celebre la Comisión Nacional del Servicio Civil se someterán a los principios, formalidades y trámites de celebración, ejecución y liquidación previstos en la Ley 80 de 1993 y normas que le complementen, sustituyan o adicionen*".

En estas condiciones, lo expuesto permite a la Sala concluir que la actividad contractual de la CNSC está sometida al **EGCAP**, motivo por el cual el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001 se sujetó a las normas que integran dicho estatuto y, específicamente, a aquellas que disciplinan la etapa de formación del contrato estatal. Cabe destacar que esta subsección arriba a la anterior conclusión a partir del hecho comprobado de que la CNSC es un órgano estatal al que la ley le otorgó capacidad para contratar al reconocerle personería jurídica, por lo que en los términos de los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993 quedó incluida en el ámbito de aplicación del **EGCAP** ³⁰.

Con lo anterior se pretende aclarar que el Acuerdo No. CNSC - 20181000000016 de 2018 no fijó el régimen de contratación de la entidad demandada, pues, conforme fue precisado anteriormente, la regla general de aplicación del **EGCAP** solo puede verse exceptuada a partir de una norma de orden legal o constitucional, a propósito de lo cual viene bien anotar que "[...] *en el articulado de la Ley 909 del 2004 no obra precepto alguno atinente al régimen de la actividad contractual de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo cual ha de entenderse que el legislador no*

presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. [...]"

27 **"ARTÍCULO 11. FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA**

ADMINISTRATIVA. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones: [...] i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin; [...]"

28 **"ARTÍCULO 13. ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL**

SERVICIO CIVIL. 1. La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará su reglamento de organización y funcionamiento, que será publicado en el Diario Oficial. [...]"

29 Vigente en el momento en que se adelantó el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001.

30 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de noviembre de 2005, exp. 1691.

consideró exceptuarla del régimen general de contratación estatal [...]"³¹. De este modo, el acto administrativo que reglamentó la organización y funcionamiento de la CNSC solo refrendó el régimen de contratación que, por virtud de lo establecido en la Ley 80 de 1993, le correspondió a ese órgano.

Ahora bien, la Sala no pasa por alto que el proceso de selección que tiene por objeto contratar al colaborador que adelantará el concurso de méritos para el ingreso al empleo público, está sometido a unas reglas especiales que lo distinguen entre los otros procesos de selección que normalmente son adelantados por las entidades estatales para la satisfacción de los fines esenciales del Estado. En efecto, el artículo 30³² de la Ley 909 de 2004, leído en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3³³ del Decreto Ley 760 de 2005, permite advertir los siguientes criterios básicos que distinguen al proceso de selección en comento, conforme se expone a

31 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de noviembre de 2005, exp. 1691.

32 **"ARTÍCULO 30. COMPETENCIA PARA ADELANTAR LOS CONCURSOS. Los concursos o**

procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.

Los convenios o contratos se suscribirán preferencialmente, con las entidades acreditadas que tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.

La Comisión acreditará como entidades idóneas para adelantar los concursos a las universidades públicas y privadas y a las instituciones de educación superior que lo

soliciten y demuestren su competencia técnica en procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal, así como capacidad logística para el desarrollo de concursos. El procedimiento de acreditación será definido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión".

33 "ARTÍCULO 3o. <Artículo modificado por el artículo 134 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) a través de contratos o convenios interadministrativos suscritos con el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes) ~~o en su defecto~~ con universidades públicas o privadas, instituciones universitarias e instituciones de educación superior acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional ~~para tal fin~~. Dentro de los criterios de acreditación se privilegiará la experiencia e idoneidad del recurso humano que vaya a realizar los concursos.

La CNSC, las universidades públicas o privadas, instituciones universitarias y las instituciones de educación superior que adelanten los concursos, podrán apoyarse en entidades oficiales especializadas en la materia, como el Icfes, para las inscripciones, el diseño, la aplicación y la evaluación de las pruebas; el Icfes podrá brindar su apoyo a uno o más concursos de manera simultánea.

<Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> Los costos asociados a los concursos o procesos de selección deberán ser determinados a través de Acuerdos Marco de Precios establecidos, diseñados y adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Hasta tanto Colombia Compra Eficiente adopte los acuerdos Marco de Precios, los bienes o servicios que requiera la Comisión serán adquiridos a través de la modalidad de contratación que legalmente corresponda".

continuación:

Los sujetos que pueden participar en el proceso de selección son las universidades públicas o privadas, instituciones universitarias e instituciones educativas, así como también el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES.

Las universidades, instituciones universitarias e instituciones educativas que pueden participar en el procedimiento de selección son aquellas que hayan sido acreditadas para tal fin por la CNSC, de acuerdo con su competencia técnica en procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal, así como su capacidad logística para el desarrollo de concursos.

Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.

Los convenios o contratos se suscribirán preferencialmente, con las entidades acreditadas que tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.

En ese contexto normativo, la Sala estima que el hecho de que el proceso de selección destinado

a contratar a la institución encargada de adelantar el concurso de méritos para el ingreso al empleo público se encuentre rodeado de reglas especiales no comporta, en modo alguno, la configuración de un régimen contractual autónomo o especial. Tales previsiones, contenidas en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004 y en el artículo 3 del Decreto Ley 760 de 2005, introducen particularidades orientadas a garantizar la idoneidad técnica del colaborador, la pertinencia territorial de su intervención y la adecuada financiación del proceso, elementos que se explican por la naturaleza del objeto contractual y por la misión constitucional que cumple la CNSC. Sin embargo, dichas particularidades inciden exclusivamente en la forma como debe estructurarse y desarrollarse el procedimiento administrativo de selección, mas no en la determinación del régimen jurídico que gobierna la actividad contractual. En otras palabras, estas reglas imponen una modulación procedimental dentro del marco general del EGCAP, sin que puedan entenderse como una habilitación para sustraer el proceso de selección del ámbito normativo previsto en la Ley 80 de 1993.

Esta comprensión coincide con lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto del 9 de diciembre de 2005, Radicación No. 1701³⁴, en el que se precisó que la CNSC, en razón de su naturaleza jurídica y de la personería que la ley le reconoce, se encuentra sometida al EGCAP, y que las reglas especiales previstas para la contratación de universidades e instituciones educativas con el fin de adelantar concursos de mérito no configuran un régimen autónomo, sino que constituyen singularidades procedimentales que deben articularse con las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, para esta Subsección resulta claro que el examen del acto acusado debe adelantarse bajo la premisa de que se trata de un acto administrativo expedido en desarrollo de un procedimiento contractual regido por el EGCAP, con las

34 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de noviembre de 2005, exp. 1691.

particularidades procedimentales derivadas de la Ley 909 de 2004 y del Decreto Ley 760 de 2005. En consecuencia, tanto el análisis procesal como el sustancial de la controversia debe efectuarse a la luz de las reglas que gobiernan la formación de la voluntad contractual del Estado, sin perder de vista las particularidades que el legislador introdujo para este específico tipo de procesos de selección.

Presupuestos procesales

Con fundamento en lo previsto en el artículo 104³⁵ del CPACA, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer del presente asunto³⁶, porque el objeto del litigio gira en torno a la legalidad de un acto administrativo proferido por un órgano del Estado, como lo es la CNSC. Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 6 de mayo de 2022, de conformidad con lo previsto en los artículos 150³⁷ y 152³⁸ del CPACA, vigentes a la fecha de radicación de la demanda, dada la vocación de doble instancia del proceso, y teniendo en cuenta que la cuantía estimada en la demanda excedió los 300 SMLMV que corresponden al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho³⁹.

De acuerdo con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 141 del CPACA, en concordancia con el artículo 138 del mismo estatuto⁴⁰, el medio de control de

35 "Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución

Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...]"

36 Al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado.

37 *"Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]"*

38 *Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]"*

39 Es cierto que en vigencia del CPACA la cuantía se determina con la pretensión mayor, pues el artículo 157 ibidem consagra: «*Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor*»; no obstante, lo cierto es que en el acápite de pretensiones la parte accionante no indicó el monto de la condena o el restablecimiento pretendido, de ahí que, para efectos de determinar la competencia en este asunto, se acuda a la estimación razonada en la cuantía plasmada en la demanda. Bajo este contexto, la Sala precisa que en el *sub examine* la cuantía fue estimada en \$757.929.604, así como también que dicho valor estaba integrado por varios conceptos, entre los cuales destaca la utilidad dejada de percibir por \$609.811.239, como el concepto que representó el mayor valor. Así, como quiera que estos valores excedían los 300 SMLMV que correspondían al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (\$248.434.800) para el año de radicación de la demanda (2020), se concluye que el asunto era de conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, y de conocimiento de esta Corporación en segunda instancia.

40 *"ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro*

nulidad y restablecimiento del derecho es el instrumento idóneo para demandar la anulación de los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato. Así, el referido medio de control resulta procedente en este caso porque la Fundación Universitaria del Área Andina cuestiona la legalidad del acto administrativo de adjudicación proferido por la CNSC en el marco del proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001, así como también persigue el restablecimiento del derecho afectado por cuenta de la expedición de aquel.

La demanda fue presentada dentro del término prescrito en el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA⁴¹. En efecto: **(i)** el acta⁴² de la audiencia de adjudicación evidencia que el acto administrativo demandado fue notificado en estrados el mismo día en que se llevó a cabo la diligencia, esto es, el 3 de abril de 2019⁴³, por lo que la demanda, en principio, debía ser radicada

a más tardar el 5 de agosto de 2019⁴⁴, es decir, dentro de los 4 meses contados a partir del día siguiente al de su notificación; **(ii)** la parte accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 9 de julio de 2019, faltando 28 días para que operara el fenómeno de caducidad; **(iii)** el término de caducidad estuvo suspendido hasta el 27 de agosto de 2019, día en que fue proferida la constancia⁴⁵ que refleja la ausencia de ánimo conciliatorio, por lo que la demanda debía ser radicada a más tardar el 24 de septiembre de 2019; y **(iv)** en consecuencia, la demanda fue radicada de manera oportuna el 20 de septiembre de 2019.

La Fundación Universitaria del Área Andina está legitimada en la causa por activa para solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación

de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.[...].

"ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea

lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior".

41 *"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso; [...]"*

42 FIs 931 a 935, C. 6.

43 En el mismo sentido, la Sala estima pertinente tener en cuenta que la parte resolutive del acto administrativo de adjudicación advierte lo siguiente: "[...] *ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, la presente resolución se entiende notificada por estrados en audiencia pública de adjudicación.*"

44 Si bien los 4 meses de que habla el CPACA vencían, en principio, el 4 de agosto de 2019, lo cierto es que día fue inhábil, por lo que, en los términos del artículo 118 del CGP, el vencimiento del término debe extenderse en este caso hasta el 5 de agosto de 2019, esto es, el primer día hábil siguiente.

45 FI 980, C. 2.

Al respecto, se recuerda que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, dispone: "*Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*"

y el restablecimiento del derecho, porque participó en el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001 y resultó afectada con la adjudicación del contrato. Por su parte, la CNSC está legitimada en la causa por pasiva porque fue el órgano estatal que adelantó el procedimiento de selección y, en dicho orden, adoptó la decisión cuya legalidad cuestiona la parte accionante. En el mismo sentido, la Universidad Libre, quien fue vinculada al proceso en calidad de litisconsorte necesario por pasiva, está legitimada en la causa puesto que resultó adjudicataria en el trámite del proceso licitatorio.

Objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver

En este caso la controversia gira en torno a la evaluación de los ofrecimientos presentados en el curso del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001 y, en concreto, a la asignación del puntaje por concepto del factor económico que fue incluido en el pliego de condiciones como uno de los elementos a partir de los cuales se debía adelantar el análisis de comparación de las propuestas. En criterio de la parte accionante, la CNSC erró en la aplicación de la fórmula relativa al método escogido para la comparación de las propuestas en el componente económico, lo que dio lugar a considerar la existencia de un empate que, a fin de cuentas, llevó a adjudicar el contrato a la Universidad Libre a partir de la aplicación de los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones.

En contraposición a lo argumentado por la Fundación Universitaria del Área Andina, la CNSC alegó que no incurrió en yerro alguno en el proceso de evaluación de los ofrecimientos, al tiempo que refirió que, en cualquier caso, la Fundación Universitaria del Área Andina no ventiló equivocación alguna en el trámite del procedimiento administrativo. Posteriormente, en el escrito de alegatos de conclusión que presentó en sede de primera instancia la entidad accionada centró su defensa en el hecho de que la Fundación Universitaria del Área Andina no hubiere puesto de presente el error en que incurrió en la evaluación económica de los ofrecimientos, punto en el cual agregó que **pretender objetar de manera indefinida un informe de evaluación vulneraba la seguridad jurídica, así como también comportaba el desconocimiento del carácter preclusivo y perentorio de las etapas procesales que integran el procedimiento de selección.**

La Universidad Libre, por su parte, refirió que el acto administrativo proferido por la CNSC no desconoció el deber de selección objetiva, al considerar que la evaluación adelantada por la entidad demandada se ciñó estrictamente a las reglas establecidas en el pliego de condiciones, siendo falso que el puntaje asignado en su favor se hubiere basado en la errada e ilegítima aplicación de las condiciones objetivas definidas en el pliego de condiciones. Al mismo tiempo, señaló que el acto administrativo daba cuenta rigurosa de los hechos en que se fundamentó, al paso que refirió que se enmarcaba en todo a los postulados constitucionales y legales que rigen la materia, y a los principios de transparencia y selección objetiva inherentes a los procesos de selección

En sentencia de primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la Fundación Universitaria del Área Andina no demostró en qué consistió el error que frustró su escogencia como adjudicatario en el curso del proceso licitatorio. En desarrollo del anterior planteamiento, el Tribunal echó de menos un dictamen pericial que explicara en qué

consistió el error en la evaluación de los ofrecimientos y de qué manera incidió en el resultado final del proceso licitatorio, a propósito de lo cual agregó que no le correspondía efectuar el análisis de una fórmula matemática que contenía diferentes variables o conceptos, lo que, en su criterio, debió ser abordado por un especialista en la materia.

El recurso de apelación estuvo dirigido a cuestionar la sentencia de primera instancia desde un ámbito netamente procesal. En efecto, la parte demandante reprocha que el *a quo* hubiere desbordado el objeto del litigio, el cual, según indicó, estaba limitado a estudiar las consecuencias que para la adjudicación comportó el error en el que incurrió la CNSC al aplicar la fórmula matemática escogida para la comparación de los ofrecimientos en el componente económico. Al punto, conviene recordar que, para la parte accionante, en el caso concreto la prueba de este error resultaba innecesaria en la medida en que tal circunstancia ya había sido expresamente reconocida por la CNSC, inclusive, antes del inicio del proceso judicial y, en todo caso, contaba con suficiente respaldo en las pruebas documentales y testimoniales practicadas dentro del proceso.

En el mismo sentido, la Fundación Universitaria del Área Andina alega que el Tribunal incurrió en una indebida valoración probatoria, habida cuenta de que no tuvo en cuenta en su integridad los medios probatorios practicados en el proceso, los cuales acreditaban tanto el error cometido por la CNSC al adelantar el análisis de comparación de las propuestas en el componente económico, como la consecuencia que comportó ese error en el proceso licitatorio, lo que fue concretado en una indebida adjudicación del contrato estatal. De hecho, en criterio de la recurrente, las irregularidades que se materializaron en el proceso licitatorio debían tenerse como un hecho notorio que, en los términos del artículo 167 del CGP, no requería prueba, motivo por el cual resultaba manifiestamente innecesario que el Tribunal hubiere echado de menos la opinión de un experto sobre una situación que había sido confesada, probada y que, además, era notoria a simple vista.

Así, de acuerdo con los cargos de la apelación formulados por la parte accionante, los cuales constituyen el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia conforme lo dispuesto por los artículos 320⁴⁶ y 328⁴⁷ del CGP

–sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio–, corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto *(i)* el Tribunal desbordó el objeto del litigio al emprender un análisis probatorio dirigido a determinar si la accionante demostró el error en que incurrió la entidad demandada, y *(ii)* se configura la nulidad del acto administrativo de adjudicación proferido en el marco del proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001, al estar demostrado que la entidad demandada incurrió en un error en la aplicación de la fórmula matemática escogida para adelantar el análisis de comparación de las propuestas en el componente económico, que frustró la escogencia de la Fundación Universitaria del Área Andina como adjudicataria en el

46 "Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]".

47 "Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella [...]".

marco del proceso licitatorio.

Ahora bien, dependiendo de la respuesta que la Sala otorgue a los problemas jurídicos que deben ser objeto de pronunciamiento, se establecerá, adicionalmente, si la condena en costas impuesta en sede de primera instancia debe mantenerse o si, por el contrario, debe ser revocada como lo

planteó la parte recurrente en la alzada.

Hechos probados

De conformidad con los medios probatorios arrimados al proceso⁴⁸, la Sala encuentra establecidos los siguientes **hechos probados relevantes** para la decisión del presente asunto:

Mediante Resolución No. CNSC – 20191000011675 del 27 de febrero de 2019⁴⁹, la CNSC ordenó la apertura del proceso de licitación pública No. CNSC-LP- 001, el cual tenía por objeto contratar la realización del concurso de méritos para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa, de algunas entidades en los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander, desde la etapa de verificación de requisitos mínimos, hasta la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles.

En el expediente obra el pliego de condiciones definitivo del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001⁵⁰, el cual definió algunos aspectos relativos al contrato que la CNSC habría de celebrar con el oferente adjudicatario, así como también estableció los requisitos habilitantes para participar en el procedimiento de selección, y los factores de selección conforme con los cuales se debía escoger al proponente que adelantaría el concurso de méritos para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa.

En lo que concierne a los aspectos relativos al contrato que habría de suscribirse, el pliego de condiciones detalló el objeto a contratar, su régimen jurídico, las obligaciones a cargo de la CNSC y del contratista, el plazo de ejecución contractual y el valor estimado del contrato. En relación con este último aspecto, el aparte 1.6 del pliego de condiciones estableció que el valor del contrato ascendía a

\$3.677.254.210, al tiempo que destacó que aquel era un valor estimado, pues durante la ejecución del contrato la CNSC pagaría la suma de dinero que resultara de multiplicar el valor unitario ofrecido para cada una de las actividades que debían ser adelantadas en las etapas del concurso de méritos, por el número de candidatos que participaran en cada una de esas actividades.

En el anterior orden de ideas, el ofrecimiento económico de los proponentes debía discriminar los siguientes elementos: **(i) el valor unitario** ofrecido para la realización

48 En cuanto a la prueba documental, la Sala otorga valor a las copias simples en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del CGP, a saber: *"Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente"*.

49 Fls 22 a 26, Cuaderno de Pruebas No. 2.

50 Fls 28 a 92, Cuaderno de Pruebas No. 2.

de cada una de las actividades que integraban el concurso de méritos, esto es, la verificación de requisitos mínimos; el diseño, construcción, diagramación y ensamblaje de pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales; la aplicación de pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales; el acceso a pruebas escritas; y la prueba de valoración de antecedentes; **(ii) la cantidad estimada de aspirantes que participarían en cada una de las actividades**, lo cual

debía ser fijado en función de las proyecciones realizadas por la entidad, las cuales se encontraban especificadas en el pliego de condiciones; y **(iii)** el **valor total** propuesto respecto de cada una de las actividades que integraban las etapas del concurso de méritos, el cual resultaba de multiplicar el valor unitario establecido para cada una de ellas por el número estimado de aspirantes que habrían de participar en cada una de las etapas del concurso de méritos.

En este punto conviene agregar que, de acuerdo con lo consignado en el pliego de condiciones, el ofrecimiento económico de los participantes en el proceso licitatorio también debía discriminar los costos indirectos de administración y utilidad. De allí que el total de la propuesta económica debía ser determinado a partir de la sumatoria del valor de los costos directos del contrato, esto es, el valor total de las actividades que habrían de adelantarse en el desarrollo del concurso de méritos, más el valor de los costos indirectos que correspondían a administración y utilidad.

Por otra parte, en cuanto a los requisitos habilitantes, el capítulo 3 del pliego de condiciones, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley 909 de 2004 y 3 del Decreto Ley 760 de 2005, estableció que en el proceso licitatorio solo podrían participar el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES y las instituciones de educación superior que estuvieran acreditadas por la CNSC, como idóneas para adelantar concursos o procesos de selección de ingreso o ascenso a los empleados públicos de carrera administrativa. Bajo este contexto, la CNSC exigió a los interesados en participar en el procedimiento de selección:

El cumplimiento de requisitos de **orden jurídico**, los cuales fueron concretados en la obligación de presentar con toda propuesta, entre otros documentos, la póliza que garantizara la seriedad del ofrecimiento, el certificado de existencia y representación legal que demostrara la capacidad jurídica del oferente y las certificaciones que dieran cuenta de que no estaba incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad alguna, así como también aquellas que demostraran que no era responsable disciplinario o fiscal.

En lo que respecta a la acreditación de las instituciones de educación superior para adelantar concursos de mérito o procesos de selección, el pliego de condiciones determinó que la CNSC verificaría directamente esta exigencia, por lo que los interesados en participar en el proceso de selección, en principio, no estaban obligados a presentar con su ofrecimiento el acto administrativo que demostrara su acreditación.

El cumplimiento de requisitos de **orden financiero y organizacional**, punto en el cual el pliego de condiciones estableció la obligación de presentar con toda propuesta, entre otros documentos, los estados financieros y el certificado de inscripción en el registro único de

proponentes con el propósito de verificar el cumplimiento de los indicadores mínimos exigidos en materia de liquidez, endeudamiento, cobertura de intereses, rentabilidad del patrimonio, rentabilidad del activo, capital de trabajo y razón de efectivo.

El cumplimiento de requisitos de **orden técnico**, de acuerdo con los cuales se hizo imperativo para los proponentes presentar con su ofrecimiento el equipo de trabajo que se destinaría a la ejecución del contrato, el cual debía cumplir con la formación académica, experiencia, el tiempo de vinculación y la dedicación exigida por la CNSC.

Aunado a lo anterior, en este mismo punto la CNSC exigió a los oferentes acompañar sus propuestas con el plan de trabajo y cronograma de ejecución, el documento de aceptación de las especificaciones y requerimientos técnicos exigidos por la entidad, y el documento de acuerdo de niveles de servicios de tecnologías de la información, comunicaciones, seguridad física y logística de salas, el cual garantizaba que el proponente contara con la infraestructura tecnológica

adecuada para la automatización de la información del concurso de méritos.

4.2.2. Por último, en lo que respecta a los criterios conforme con los cuales debía escogerse al contratista, el capítulo 6 del pliego de condiciones estableció que la selección del oferente adjudicatario se haría mediante la ponderación de elementos asociados a la calidad y el precio de las propuestas. En el anterior orden, su aparte

6.5.1. definió los elementos que habrían de tenerse en cuenta para efectos de la escogencia del proponente que ofreciera las condiciones más favorables, de acuerdo con los factores de selección que a continuación se discriminan:

Factor técnico, el cual otorgaba una calificación de 500 puntos al proponente que ofreciera profesionales adicionales a los requeridos en el acápite de requisitos de orden técnico del pliego de condiciones (200 puntos); experiencia adicional a la exigida en el pliego de condiciones respecto del equipo de trabajo que se destinaría a la ejecución del contrato (200 puntos); y realizar simultáneamente las actividades de verificación de requisitos mínimos y de valoración de antecedentes (100 puntos).

Factor económico, a partir del cual se reconocía una calificación máxima de 390 puntos de acuerdo con el método de ponderación que resultara escogido entre tres opciones: el método de media aritmética, el de media geométrica con presupuesto oficial o del menor valor. Para la escogencia del método de ponderación a aplicar de cara al análisis de comparación de los ofrecimientos, el pliego de condiciones identificó cada una de las opciones con un rango de decimales, al tiempo que estableció que el método debía ser escogido en función de la tasa representativa de mercado – TRM que rigiera al día siguiente del vencimiento del término de traslado de la evaluación de las propuestas.

Apoyo a la industria nacional, con ocasión del cual se reconocía una calificación de 100 puntos al proponente que ofreciera realizar el concurso de méritos con un equipo de trabajo que fuera de nacionalidad colombiana en su integridad.

Vinculación de personas en situación de discapacidad, factor que otorgaba una calificación de 10 puntos a los oferentes que demostraran el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el Decreto 392 de 2018, esto es, la vinculación de un número mínimo de trabajadores en condición de discapacidad teniendo en consideración el número total de la planta de personal.

En el proceso está acreditado que el 13 de marzo de 2019 se llevó a cabo la diligencia de cierre del procedimiento de licitación pública No. CNSC-LP-001, cuya acta⁵¹ acredita que, dentro del periodo dispuesto para la radicación de propuestas, se presentaron 3 ofrecimientos para llevar a cabo el concurso de méritos para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa, de algunas entidades en los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander. Esta prueba documental, igualmente, demuestra que los oferentes que participaron en el procedimiento de selección fueron la Fundación Universitaria del Área Andina –**demandante en este proceso**–, la Universidad Libre y la Universidad de Medellín.

Al proceso fue allegada la propuesta⁵² presentada por la Fundación Universitaria del Área Andina. El contenido de esta prueba documental demuestra que la demandante se comprometió a realizar el concurso de méritos por un valor de \$3.658.867.432, suma de dinero que incluía los siguientes conceptos:

COMPONENTE	CANTIDAD	UNIDAD DE MEDIDA	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
Verificación de requisitos mínimos	49.971	Aspirante	\$12.277	\$613.493.967
Diseño, construcción, diagramación y ensamblaje de pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales	3.925	Ítem	\$118.578	\$465.418.650
Aplicación de pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales	34.980	Aspirante	\$24.729	\$865.020.420
Acceso a pruebas escritas	5.247	Aspirante	\$15.232	\$79.922.304
Prueba de valoración de antecedentes	8.745	Aspirante	\$10.326	\$90.300.870
SUBTOTAL ETAPAS			\$2.114.156.211	
Administración			\$934.899.982	
Utilidad	20%	%	\$609.811.239	

51 FIs 914 a 915, Cuaderno de Pruebas No. 6.

52 FIs 98 a 182, Cuaderno de Pruebas No. 2 / FIs 184 a 382, Cuaderno de Pruebas No. 3 / FIs 383 a

382, Cuaderno No. 4 / FIs 583 a 782, Cuaderno de Pruebas No. 5 / FIs 783 a 912, Cuaderno de Pruebas No. 6.

SUBTOTAL ADMINISTRACIÓN Y UTILIDAD		\$1.544.711.221
TOTAL PROPUESTA ECONÓMICA		\$3.658.867.432

Al expediente también fue arriada la propuesta⁵³ presentada por la Universidad Libre en el marco del proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001. Este medio probatorio documental demuestra que la Universidad Libre se comprometió a realizar el concurso de méritos por un valor de \$3.571.340.552, suma de dinero que estaba integrada por los siguientes conceptos:

COMPONENTE	CANTIDAD	UNIDAD DE MEDIDA	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
Verificación de requisitos mínimos	49.971	Aspirante	\$12.587	\$628.984.977
Diseño, construcción, diagramación y ensamblaje de pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales	3.925	Ítem	\$136.688	\$536.500.400
Aplicación de pruebas escritas básicas, funcionales y comportamentales	34.980	Aspirante	\$22.756	\$796.004.880
Acceso a pruebas escritas	5.247	Aspirante	\$15.000	\$78.705.000
Prueba de valoración de antecedentes	8.745	Aspirante	\$12.190	\$106.601.550
SUBTOTAL ETAPAS			\$2.146.796.807	
Administración			\$1.160.000.000	
Utilidad	20%	%	\$264.543.745	
SUBTOTAL ADMINISTRACIÓN Y UTILIDAD			\$1.424.543.745	
TOTAL PROPUESTA ECONÓMICA			\$3.571.340.552	

En el proceso obra el informe preliminar de evaluación de las propuestas⁵⁴ elaborado por el comité asesor y evaluador designado por la CSNC, el cual fue publicado por la entidad el 19 de marzo de 2019. Este informe demuestra que el único oferente que resultó habilitado en el marco de la evaluación preliminar de las propuestas fue la Fundación Universitaria del Área Andina, motivo por el cual fue calificado con 600 puntos en los factores de selección diferentes al económico. En lo que concierne a los otros participantes en el proceso licitatorio, se advierte que la Universidad Libre resultó inhabilitada con ocasión del incumplimiento de requisitos de orden jurídico e informático, al paso que la Universidad de Medellín resultó inhabilitada con ocasión de la desatención de requisitos de orden técnico e informático.

53 CD – fl 64A, Cuaderno Principal, archivo denominado "PROPUESTA UNIVERSIDAD LIBRE.pdf".

54 CD – fl 64A, Cuaderno Principal, carpeta que responde al nombre de "Evaluación", carpeta denominada "PRELIMINAR", archivo que responde al nombre "CONSOLIDADO REQUISITOS HABILITANTES Y FACTORES DE CALIFICACION.xls".

Las pruebas que obran en el expediente demuestran que el 28 de marzo de 2019, con posterioridad a la publicación del informe preliminar de evaluación de las propuestas y de su correspondiente traslado, la CNSC procedió a la verificación de la tasa representativa de mercado en la página web del Banco de la República, para efectos de seleccionar el método de comparación de los ofrecimientos económicos formulados por los participantes en el proceso licitatorio. En desarrollo de este ejercicio, la CNSC seleccionó el método de media geométrica con presupuesto oficial como parámetro para adelantar el ejercicio de comparación de los

ofrecimientos, en atención a que los decimales de la tasa representativa de mercado para el día de la consulta coincidían con el rango de decimales con el que aquel fue identificado en el pliego de condiciones⁵⁵.

De allí que el comité asesor y evaluador, para efectos de adelantar el ejercicio de comparación de los ofrecimientos en el componente económico, quedara sometido a las reglas que fueron establecidas en el pliego de condiciones en punto al método de media geométrica con presupuesto oficial, las cuales fueron concretadas bajo los siguientes parámetros:

"6.5.1.2.2. Media Geométrica con Presupuesto Oficial

Para el cálculo de la media geométrica con presupuesto oficial se tendrá en cuenta el número de propuestas válidas y se incluirá el presupuesto oficial del proceso de acuerdo al siguiente cuadro:

Cuadro 12

Número de propuestas (n) [número]	Número de veces en las que se incluye el presupuesto oficial (nv) [veces]
1 – 3	1
4 – 6	2
7 – 9	3
10 – 12	4
13 – 15	5
...	...

Y así sucesivamente por cada tres propuestas válidas se incluirá una vez el presupuesto oficial del módulo.

Seguidamente se determinará la media geométrica con la inclusión del presupuesto oficial de acuerdo a lo establecido en el cuadro anterior mediante la siguiente fórmula:

55 FI 919, Cuaderno de Pruebas No. 6 / CD – fl 64A, Cuaderno Principal, archivo denominado "Acta selección método evaluación económica.pdf".

Donde,

Gpo = Media geométrica con presupuesto oficial.

Nv = Número de veces que se incluye el presupuesto oficial (PO). N = Número de propuestas válidas.

PO = Presupuesto oficial

Pn = Valor de la propuesta económica corregida del proponente.

Establecida la media geométrica se procederá a determinar el puntaje para cada proponente mediante el siguiente procedimiento:

Ponderación de las propuestas por el método de la Media Geométrica con Presupuesto Oficial.

Obtenida la media geométrica se procederá a ponderar las propuestas de acuerdo con la siguiente fórmula.

Donde,

G_{po} = Media geométrica con presupuesto oficial.

V_i = Valor total corregido de cada una de las propuestas i . i = Número de propuestas.

PM = Puntaje máximo de evaluación económica.

En el caso de propuestas económicas con valores mayores a la media geométrica con presupuesto oficial se tomará el valor absoluto de la diferencia entre la media geométrica con presupuesto oficial y el valor de la propuesta, como se observa en la fórmula de ponderación".

En el expediente reposa el informe final de evaluación de las propuestas⁵⁶ realizado por el comité asesor y evaluador designado por la CNSC, el cual fue publicado el 3 de abril de 2019. Esta prueba acredita que los proponentes que resultaron habilitados en el proceso licitatorio fueron la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre, por lo que el comité asesor y evaluador procedió a la evaluación de sus ofrecimientos de acuerdo con los factores de ponderación establecidos en el pliego de condiciones, obteniendo el siguiente resultado en relación con aquellos diferentes al económico:

56 Fls 921 a 929, Cuaderno de Pruebas No. 6 / CD – fl 64A, Cuaderno Principal, carpeta que responde al nombre de "Evaluación", carpeta denominada "DEFINITIVA", archivos identificados con los nombres "CONSOLIDADO REQUISITOS HABILITANTES Y FACTORES DE CALIFICACION.xls" y

Ahora bien, en el marco de la etapa de evaluación final de las propuestas la CNSC también adelantó la evaluación del componente económico de los ofrecimientos. Al respecto, es del caso señalar que sobre el particular obran en el expediente *(i)* el memorando del 1 de abril de 2019⁵⁷ por medio del cual el comité asesor y evaluador financiero comunicó a la Oficina Jurídica de la CNSC el resultado de la evaluación económica realizada, el cual arrojó un empate en el factor económico entre la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre; y *(ii)* el documento⁵⁸ en el que consta el resultado de la evaluación económica elaborada por el comité asesor y evaluador financiero, el cual especificó el valor de la media geométrica con presupuesto oficial, el valor de los ofrecimientos realizados por los proponentes habilitados, la diferencia que cada ofrecimiento económico representó respecto de la media geométrica, y la calificación asignada a cada uno de los oferentes, la cual ascendió a 389.98 puntos.

Al efecto, vale la pena destacar que los documentos que fueron allegados al expediente no demuestran la forma en que el comité asesor y evaluador financiero dio aplicación a la fórmula establecida en el pliego de condiciones para determinar la media geométrica con presupuesto oficial, ni mucho menos la forma en que aplicó la fórmula establecida para asignar el puntaje por concepto del factor de selección económico. Tal y como se desprende de lo indicado en el párrafo inmediatamente anterior, los documentos que se refieren a la evaluación económica de los ofrecimientos solo dan cuenta del resultado del ejercicio comparativo, más no del proceso adelantado por el comité asesor y evaluador financiero para arribar al resultado que dio lugar al empate entre la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre.

En el proceso está probado que el 3 de abril de 2019 la entidad demandada llevó a cabo la audiencia de adjudicación en el marco del proceso licitatorio No.

57 FI 926, Cuaderno de Pruebas No. 6 / CD – fl 64A, cuaderno principal, carpeta que responde al nombre de "Evaluación", carpeta denominada "DEFINITIVA", archivo identificado con el nombre "EVALUACIONES JURIDICA, TECNICA, FINANCIERA.PDF".

58 FI 927, Cuaderno de Pruebas No. 6 / CD – fl 64A, cuaderno principal, carpeta que responde al nombre de "Evaluación", carpeta denominada "DEFINITIVA", archivo identificado con el nombre

CNSC-LP-001, cuya acta⁵⁹ y archivo⁶⁰ que contiene el registro de audio y video reposan en el expediente.

Estas pruebas documentales demuestran que en la parte inicial de la diligencia la CNSC abordó el estudio relativo al reconocimiento de personería jurídica de los voceros que intervendrían en representación de los oferentes, punto en el cual el director de la audiencia resolvió negar el reconocimiento de personería jurídica al apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina, habida consideración de que el poder especial radicado para el efecto no contaba con la nota de presentación personal, lo que desconocía lo establecido en el artículo 5 del Decreto 19 de 2012. En este punto vale la pena agregar que, en cualquier caso, el director de la diligencia de adjudicación señaló que podría reconocer personería jurídica al apoderado de la institución educativa en caso de que se hiciera presente el funcionario que tuviera la capacidad para otorgar poder especial.

Posteriormente, agotado todo lo referente a las etapas iniciales de la diligencia, el comité asesor y evaluador de la CSNC presentó el informe final de evaluación de las propuestas, a propósito de lo cual el director de la audiencia dispuso su suspensión por un espacio de diez minutos para que los participantes en el proceso licitatorio analizaran el contenido de este documento. El archivo que contiene el registro de audio y video de esta diligencia demuestra que durante el término en que la audiencia estuvo suspendida uno de los representantes de la Fundación Universitaria del Área Andina puso de presente que la fórmula matemática "*no le estaba cuadrando*" (minuto 35:08), al paso que indicó que "*los puntos de la oferta económica no nos cuadran*" (minuto 35:14)

Una vez reanudada la diligencia, la CNSC concedió el uso de la palabra a la Universidad Libre –cuyo apoderado sí presentó el poder especial en debida forma y, por ello, le fue reconocida personería jurídica–, quien manifestó no tener objeciones en relación con el informe definitivo de evaluación de las propuestas, por lo que solicitó continuar el trámite del proceso licitatorio. En este estado de diligencia el mismo representante de la Fundación Universitaria del Área Andina consultó sobre la posibilidad de participar como veedor ciudadano, ante lo cual la entidad accionada respondió de manera negativa en tanto la diligencia no era de intervención pública o debate público, al tiempo que reiteró que el poder especial fue presentado de manera indebida.

Bajo el anterior contexto, el comité asesor y evaluador confirmó el informe final de evaluación de las propuestas, el cual estableció un empate en el puntaje asignado a los participantes que resultaron habilitados en el proceso licitatorio. De este modo, se hizo necesario acudir a los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones, cuya aplicación arrojó como adjudicatario a la Universidad Libre en virtud de un sorteo por balotas, luego de intentar aplicar sin éxito los demás criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones.

59 FIs 931 a 935, Cuaderno de Pruebas No. 6 / CD – fl 64A, cuaderno principal, carpeta que responde al nombre de "AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN", archivo identificado con el nombre "Acta de Audiencia de Adjudicación LP 001 de 2019 Norte.pdf".

60 CD – FI 65, Cuaderno Principal.

De acuerdo con lo anterior, la CSNC profirió la Resolución No. CNSC – 20191400021505⁶¹ del 3 de abril de 2019, por medio de la cual adjudicó a la Universidad Libre el contrato para la realización del concurso de méritos. En este punto cabe anotar que el acto administrativo fue leído en su integridad en el curso de la diligencia de adjudicación.

Ahora bien, en el proceso está demostrado que, mediante escrito del 4 de abril de 2019⁶², la Fundación Universitaria del Área Andina presentó ante la CNSC solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. CNSC – 20191400021505 del 3 de abril de 2019, por medio de la cual se adjudicó el contrato a la Universidad Libre. Para justificar su petición, la institución educativa sostuvo que la entidad accionada incurrió en un error en la aplicación de la fórmula matemática establecida para la comparación de los ofrecimientos en el componente económico, lo que puso de presente al comité asesor y evaluador en el trámite de la audiencia de adjudicación, aunque no se le hubiere reconocido personería jurídica a su apoderado. Pese a lo anterior, el comité asesor y evaluador guardó silencio frente a esta circunstancia, al paso que consideró la existencia de un empate que hizo necesario acudir a los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones, cuya aplicación dio como ganador a la Universidad Libre.

Para la Fundación Universitaria del Área Andina, de haberse aplicado la fórmula matemática en debida forma habría resultado adjudicataria en el marco del proceso licitatorio, en la medida en que habría obtenido un puntaje de 384.99 por concepto del factor económico, mientras que la Universidad Libre una calificación de 383.11 por concepto del mismo factor. De ahí que considerara que el acto de adjudicación se encontraba viciado de nulidad por resultar contrario al ordenamiento jurídico superior, lo que, en su criterio, hacía procedente su revocatoria directa en los términos de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, leído en concordancia con lo establecido en el artículo 93 del CPACA.

En el expediente obra la ficha técnica de presentación de casos para estudio de la Sala Plena de Comisionados de la CSNC, de fecha 4 de abril de 2019⁶³. Por medio de este documento, Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, en su calidad de asesor jurídico de la entidad y miembro del comité asesor y evaluador, solicitó autorización para iniciar las gestiones tendientes a la revocatoria directa del acto de adjudicación proferido dentro del marco del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001, o para iniciar un proceso de nulidad en el que se solicitaran medidas cautelares de urgencia con el propósito de retrotraer la actuación a la audiencia de adjudicación.

Para sustentar esta solicitud, el señor Valdivieso Valdivieso expuso que en el marco del proceso de evaluación de las propuestas el comité asesor y evaluador incurrió en una inconsistencia al momento de establecer el puntaje por concepto del factor económico, así como también que de haber adelantado el análisis de comparación de las propuestas en debida forma la Fundación Universitaria del Área Andina

61 FIs 954 a 958, Cuaderno de Pruebas No. 6 / CD – fl 66, cuaderno principal, archivo denominado "8_250002336000201900682005RECIBEMEMORIAL20210414074252_TCDescargaTotalItem133076436873894762.PDF".

62 FIs 940 a 951, Cuaderno de Pruebas No. 6.

63 CD – fl 64A, Cuaderno Principal, carpeta que responde al nombre de "SALA", archivo identificado con el nombre "2. Ficha Técnica LP-001 de 2019 Norte FUAA.docx".

habría resultado adjudicataria. En efecto, así quedó consignado en la ficha técnica que obra en el

expediente:

"[...] **DÉCIMO QUINTO:** El 4 de abril de 2019 el Comité Asesor y Evaluador encontró una inconsistencia en la hoja de cálculo utilizada para determinar el puntaje de la evaluación económica, en consecuencia, el resultado de la evaluación quedaría de la siguiente manera:

DÉCIMO SÉPTIMO: Teniendo en cuenta que el resultado de la evaluación modifica el proponente adjudicatario, los miembros del Comité Asesor y Evaluador, recomiendan a la Sala Plena de la COMISIÓN, autorizar los trámites pertinentes para: **1)** la revocatoria del acto administrativo de adjudicación contenido en la Resolución No. 20191400021505 del 3 de abril de 2019, siempre que la Universidad Libre otorgue su consentimiento en los términos previstos por el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), o **2)** proceder en caso contrario con el medio de control de nulidad con solicitud de medidas cautelares de urgencia, para regresar la actuación a la audiencia de adjudicación".

Si bien el documento fue allegado al proceso sin la firma del señor Valdivieso Valdivieso, lo cierto es que esa sola circunstancia no le resta mérito probatorio. Al respecto, cabe recordar que en providencia del 10 de marzo de 2025 esta Subsección⁶⁴ estableció con sustento en lo dispuesto en el artículo 244⁶⁵ del CGP, así como también en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶⁶ y de la Corte

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de marzo de 2025, exp. 70182.

65 "**ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO.** Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones".

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL-6557 del 11 de mayo de 2016.

Constitucional⁶⁷, que un documento no deja de ser auténtico, ni mucho menos válido para efectos probatorios, por el simple hecho de que no se encuentre firmado, pues su autenticidad puede derivarse de otros medios tales como marcas, improntas o cualquier otra señal física y/o electrónica.

Sumado a lo anterior, esta Subsección estableció que las partes no están habilitadas para cuestionar la autenticidad de las pruebas documentales en cualquier momento del proceso. Sobre este particular se precisó que la oportunidad para presentar un cargo relativo a la autenticidad de un documento encuentra como límite temporal el momento de la contestación de la demanda en caso de que el documento se hubiere allegado en esa etapa, y en los demás casos la audiencia en la que aquel se decreta como prueba. De ahí que en la providencia judicial a la que se ha hecho referencia se concluyera que el trámite de la segunda instancia no es la oportunidad para reabrir debates en punto a la autenticidad de las pruebas documentales que fueron allegadas al proceso.

Bajo el anterior contexto, la Sala advierte que la ficha técnica a la que se hizo referencia tiene la marca de la CNSC en el encabezado de todas sus páginas, lo que refiere una auténtica señal que da cuenta de su origen y procedencia. Adicionalmente, no debe dejarse de lado que *(i)* el documento fue allegado en medio magnético por la CNSC al contestar la demanda, lo que en los términos del citado artículo 244 del CGP implica que la entidad accionada reconoce su autenticidad; y

(ii) el documento fue elaborado por Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, quien era el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CNSC e integró el comité asesor y evaluador designado en el proceso licitatorio No. CNSC-LP-001. Todo lo anterior, sumado al hecho de que ninguna de las partes del proceso de la referencia hubiere puesto en tela de juicio la autenticidad de la ficha técnica, permiten a la Sala tener dicho documento como auténtico, así como también brindarle valor probatorio en los términos artículo 176⁶⁸ del CGP.

Mediante Resolución No. CNSC – 20191400023225 del 10 de abril de 2019⁶⁹, la entidad accionada rechazó la solicitud de revocatoria directa impetrada por la Fundación Universitaria del Área Andina.

Para adoptar esta decisión, la CNSC empezó por advertir que el comité asesor y evaluador de las propuestas reconoció el error en que incurrió al aplicar la fórmula relativa al método de media geométrica con presupuesto oficial, al paso que precisó que dicho error consistió en la omisión de un paréntesis que afectó la jerarquía de las operaciones.

Pese a lo anterior, la entidad accionada explicó que la revocatoria directa del acto de adjudicación solo procedía en caso de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, o en caso de que se comprobara que el acto se obtuvo por medios ilegales. De ahí que estimara que la solicitud impetrada por la Fundación Universitaria del Área Andina no tuviera vocación de prosperidad, porque en el caso concreto no operó una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, ni mucho menos

67 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-268 de 2010, expediente T-2483488.

68 "ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

69 Fls 971 a 975, Cuaderno de Pruebas No. 6.

podía considerarse que el acto se obtuvo por medios ilegales. En este particular la CNSC explicó que la última de las causales de revocatoria referidas operaba cuando estuviere demostrado que el

adjudicatario presentó información o documentos falsos, inexactos o incompletos, lo que distaba de lo ocurrido en el proceso licitatorio, en cuyo desarrollo se presentó un error humano por parte del comité asesor y evaluador.

De otra parte, para la CNSC tampoco podía estimarse que hubiere operado alguna de las causales de revocatoria directa previstas en el artículo 93 del CPACA. Al punto, la entidad accionada refirió que "[...] *un error –que, dicho sea de paso, la misma Fundación Universitaria del Área Andina dejó pasar, como se referirá más adelante–, no constituye manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley; tampoco vulnera el interés público o social, o atenta contra él; y menos implica agravio injustificado a una persona, más si se tiene en cuenta que la misma que la misma solicitante no advirtió el error oportunamente*". En todo caso, la CNSC aclaró que el acto administrativo de adjudicación solo podía ser revocado con el consentimiento del proponente adjudicatario.

Por último, la entidad accionada aclaró que no era cierto que hubiere impedido la participación del apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina en el trámite de la audiencia de adjudicación. Al respecto, precisó que el representante de la institución educativa radicó un poder que no contaba con nota de presentación personal, por lo que no resultaba procedente reconocerle personería jurídica por incumplir lo exigido por el artículo 5 del Decreto 19 de 2012. Aun cuando la entidad advirtió que otorgó alternativas para subsanar el yerro, la Fundación Universitaria del Área Andina hizo caso omiso a lo sugerido, motivo por el cual concluyó que no podría evidenciarse el desconocimiento del derecho al debido proceso de la institución educativa, sino la negligencia de la misma demandante que impidió su participación en el trámite de la diligencia de adjudicación.

Vistas así las cosas, el 12 de abril de 2014 la CNSC y la Universidad Libre suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 247⁷⁰, cuyo objeto consistió en desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa de algunas entidades de los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander – Convocatoria Territorial Norte, desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para la conformación de lista de elegibles.

Pruebas adicionales

Además de los documentos que dan cuenta de los hechos probados previamente indicados, en el proceso se practicaron las siguientes pruebas adicionales⁷¹:

70 CD – fl 64A, Cuaderno Principal, archivo que responde al nombre de "CONTRATO 247 DE 2019 UNIVERSIDAD LIBRE LP 001 DE 2019.pdf"

71 La Sala otorgará valor probatorio a los testimonios practicados en el proceso, conforme a lo previsto en el artículo 167 del CGP. Aunque los declarantes que comparecieron a solicitud de la Fundación Universitaria del Área Andina y de la Comisión Nacional del Servicio Civil tuvieron vínculos laborales o contractuales con dichos sujetos procesales –y en algunos casos aún conservan esos vínculos–, lo cierto es que tal circunstancia no conduce a la exclusión automática de estos testimonios, sino que impone una valoración más rigurosa de lo declarado por los testigos. En los términos del artículo 211 del Código General del Proceso, se trata de testigos que se encuentran en circunstancias que pueden afectar su credibilidad o imparcialidad y, por lo tal motivo, su declaración

Testimonio de Juan Carlos Sarmiento Núñez

En el proceso se practicó el testimonio de Juan Carlos Sarmiento Núñez⁷² por petición de la parte accionante, quien, en su condición de empleado de la Fundación Universitaria del Área Andina, participó en la confección del ofrecimiento que la institución educativa presentó en el curso del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001, como director del equipo a cargo de esa tarea. En este contexto, tuvo conocimiento del proceso licitatorio desde su convocatoria hasta la audiencia de adjudicación, a propósito de lo cual destacó que compareció a la diligencia de adjudicación junto con el equipo que tuvo a su cargo la participación en el proceso licitatorio.

En el anterior orden, el relato del señor Sarmiento Núñez se concentró en los distintos acontecimientos que ocurrieron en el curso de la diligencia de adjudicación, particularmente en lo relacionado con las irregularidades que fueron expuestas en el libelo introductorio. En efecto, ante las preguntas que le fueron formuladas por el apoderado de la parte accionante, el testigo Sarmiento Núñez se pronunció sobre la participación de la Fundación Universitaria del Área Andina en el curso de la audiencia de adjudicación, en los siguientes y precisos términos (minuto 13:22 y siguientes):

"[...] Ese día asistí en compañía de un grupo de personas que me acompañan en la construcción de la propuesta. Presentamos el poder que nos dio el representante legal de la universidad, sin embargo, pues este poder no, no fue aceptado aduciendo, pues, que no tiene presentación personal, y pues, digamos que, en el transcurso de la audiencia, tratamos de intervenir fallidamente. Esto fue digamos que lo que logramos como revisar. Solamente presentaba el poder, y pues, no nos fue dada representación. [...] Lo que me dijeron en su momento fue que el poder no tenía presentación personal, que no estaba autenticado, y que por esa razón, de acuerdo a lo presupuestado no podíamos participar. Entonces, pues digamos que nosotros tratamos de intervenir, o yo traté de intervenir, incluso, plantié [sic] como veedor, no sé, y pues tampoco se me dio la palabra en ningún momento".

De otra parte, en cuanto a las inconsistencias o irregularidades que se materializaron en punto a la evaluación del componente económico de los ofrecimientos, el testigo relató que en el curso de la audiencia de adjudicación advirtió dos inconsistencias que incidieron en el resultado del proceso licitatorio. Sobre este particular, el señor Sarmiento Núñez afirmó lo siguiente (minuto 15:04 y siguientes):

"[...] Sí, digamos que ahí hubo como dos temas. Lo primero es que nos entregaron unos documentos al inicio de la audiencia, donde había un puntaje que determinaba que Area Andina estaba ganando, digamos que la adjudicación del proceso, la cual fue después retirada y reemplazada por un documento que indicaba que había un empate. Cuando revisamos los documentos o cuando yo los revisé, encontré que la

será valorada con la especial severidad que se requiere. Al respecto, vale reiterar que conforme lo ha manifestado esta Corporación, los testimonios que resulten sospechosos no pueden desecharse de plano, sino que deben ser examinados y valorados con mayor rigurosidad, de cara a las demás pruebas que reposen en el expediente y de acuerdo con las circunstancias propias de cada asunto litigioso.

72 Audiencia de Pruebas celebrada el 7 de octubre de 2021. El registro de audio y video de la audiencia se encuentra en el link referenciado en el acta de la diligencia. A su vez, el acta de la diligencia reposa en el CD – que obra a folio 66 del Cuaderno Principal.

fórmula, como estaba aplicada, no era de forma correcta. En algún momento manifesté a la comisión que la fórmula no me estaba dando. Pero pues, como no nos habían dado, digamos que

la palabra, pues digamos que no se prestó atención a lo que comenté. Pero en la audiencia yo manifesté que la fórmula no me daba".

Posteriormente, al ser consultado sobre las razones por las cuales afirmó que la fórmula "no le daba", el testigo precisó lo siguiente (minuto 16:37 y siguientes):

"Sí, la fórmula fue media geométrica con presupuesto oficial. Toda vez que habíamos [sic] dos universidades que estábamos acreditadas para continuar el proceso, se aplicaba al presupuesto oficial una vez, más la propuesta de la Libre y la propuesta de nosotros. No podía dar empate toda vez que los valores ofertados por cada una de las universidades eran diferentes. [...] En nuestro caso, la oferta era por un valor superior, como en 20 y pico de millones, y en la de la libre era por menos, contra la media geométrica de menos 60 millones, algo así. Entonces, pues digamos que, a todas luces, en fórmulas matemáticas, salvo que tuviéramos el mismo valor económico las dos universidades, podría haber un empate. En caso contrario, no podía haber ningún empate. Eso es, digamos que, a grandes rasgos, lo que sucedía, hay una diferencia marcada en las propuestas, lo cual no permite que haya empate ni con décimas, ni en la parte entera ni en las decimales de la fórmula aplicada, en este caso, pues, medida geométrica con presupuesto oficial".

Por último, al ser interrogado sobre si algún otro proponente hizo manifestaciones frente al análisis de comparación de las propuestas en el componente económico, el testigo sostuvo que la Universidad de Medellín también advirtió el error en que incurrió la entidad accionada, conforme se expone a continuación:

"Sí, una vez salimos de la audiencia se acercó el representante de la Universidad de Medellín y me dijo que lo que había sucedido era un tema bastante complejo. Que se iban a manifestar al respecto porque se veía, pues, que, a todas luces había sido mal aplicada la fórmula. Entiendo yo que la Universidad de Medellín llamó después de la audiencia y, no estoy seguro si les pidieron algo a la comisión, pero manifestaron que la fórmula había sido mal aplicada. Nosotros solicitamos la revocatoria directa y pues digamos que dentro de las cosas que recuerdo en la respuesta a la revocatoria estaba que la Universidad de Medellín había manifestado esto. Y pues también entiendo y recuerdo que se hablaba que la comisión aceptaba que la fórmula había sido mal aplicada. Pero para responder puntualmente, sí, la Universidad de Medellín se manifestó también sobre el tema".

Testimonio de Jorge Andrés Castañeda Correal

En el proceso se practicó el testimonio de Jorge Andrés Castañeda Correal⁷³ por petición de la parte accionante, quien, en su condición de asesor jurídico de proyectos de la Fundación Universitaria del Área Andina, participó en la confección del ofrecimiento que la institución educativa presentó en el curso del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001. En este contexto, manifestó tener conocimiento de las irregularidades que ocurrieron en el curso del proceso licitatorio, las cuales expuso, según se aprecia a continuación (minuto 11:01 y siguientes):

73 Audiencia de Pruebas celebrada el 3 de noviembre de 2021. El registro de audio y video de la audiencia se encuentra en el link referenciado en el acta de la diligencia. A su vez, el acta de la diligencia reposa en el CD – que obra a folio 66 del Cuaderno Principal.

"En esta licitación [...] nos presentamos con una expectativa obviamente de ganarla. Allí no encontramos con algunas situaciones que realmente no fueron muy acordes a lo que es el proceso general que lleva la Comisión Nacional del Servicio Civil. De hecho, pues hay que decir, hay que resaltar, que he participado en bastantes procesos con ellos y que en un tramo de procesos licitatorios, especialmente los de ese año [2019], se presentaron situaciones bastante diversas,

incluso varios proponentes presentaron sus quejas en esos momentos. Entre esos, [...] ese proceso LP 01 de 2019 presentó varios inconvenientes en el desarrollo de la audiencia, y varios inconvenientes pues obviamente en la presentación de los resultados. Nosotros no se nos dejó participar en la audiencia, ni como ciudadanos, ni como Fundación Universitaria de la Área Andina, ni se tuvieron en cuenta, pues, nuestras molestias a la hora de la audiencia que se presentaba. Se nos entregaron unos documentos en donde la Fundación Universitaria del Área Andina salía ganando inicialmente. Esos documentos se subieron a SECOP, posteriormente fueron borrados y fueron eliminados de una forma extraña. [...] Yo afortunadamente pues alcancé en su momento a sacar una copia de lo que se había cargado, donde se entregaba a la Fundación Universitaria del Área Andina como ganador. Y luego, dentro de la misma audiencia, nos entregan una versión impresa, después de unos dos o tres minutos, nos la retiran de una forma un poco abrupta y se cambia por una evaluación de empate, siendo que ya estaba publicada en SECOP, ya con la Fundación Universitaria del Área Andina ganadora y se retira se baja de SECOP inmediatamente, allí se baja de SECOP esa evaluación, y se presenta una que presentaba empate. Allí en ese momento, creo que la grabación debe dar cuenta de ello, la audiencia se desarrolla de una forma muy muy rápida, muy muy rápida, rapidísima, y pues termina saliendo un empate por balotas, balotas que no dejaron sacar a la Fundación Universitaria del Área Andina, y balotas que dieron, pues, ganador a la Universidad Libre. Básicamente eso es lo que sucedió allí, luego pues evidenciamos dentro de la audiencia que había un error en la fórmula aplicada, en la fórmula matemática aplicada para la evaluación económica, cosa que evidentemente era, pues, un error gravísimo, toda vez que yo creo que en el derecho y en la matemática hay algo que es la lógica y es que si hay dos valores diferentes y se les aplica una misma fórmula, no puede dar igual. Eso yo creo que es lógico. Entonces, se aplica esa fórmula y sale un empate, que realmente no se sabe de dónde se obtuvo. Al tratar de avisar ello, la persona que dirigía la audiencia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil [...] no dejó hacer uso de la palabra, ni siquiera tuvo en cuenta las observaciones que se le hacían de una manera educada [...] y siguió adelante con el error [...]."

Luego de esta exposición general, el testigo reiteró que en la parte inicial de la diligencia de adjudicación la entidad accionada entregó un informe de evaluación que daba como ganador a la Fundación Universitaria del Área Andina, al paso que refirió que ese documento fue retirado pese a haber sido publicado en el SECOP (minuto 18:40 y siguientes). En este punto de la audiencia de pruebas el apoderado de la parte accionante exhibió el aludido documento de evaluación que fue entregado en la parte inicial de la diligencia de adjudicación, ante lo cual el testigo reconoció el contenido del mismo (minuto 24:50 y siguientes).

De otra parte, en lo que respecta al informe de evaluación que reemplazó aquel que daba como ganador a la demandante y a las observaciones que se hicieron sobre el particular en el curso de la audiencia de adjudicación, el testigo refirió lo siguiente (minuto 25:40 y siguientes):

"[...] hay varias cosas ahí que hay que decir. Primero, se entrega un tiempo absolutamente mínimo para usted evaluar todas las formulaciones matemáticas que

presenta una licitación de este tipo. Al nosotros hacer esa comprobación matemática en una fórmula que en el pliego puede demostrarse que es bastante compleja, evidenciamos que con la nueva evaluación, evidentemente, jamás había un empate. Reitero el tema de la lógica matemática, ante números diferentes aplicada la misma fórmula jamás va a dar igual. Eso creo que es lógico y creo que todos los que estamos acá lo sabemos. Nosotros al comprobar la fórmula y reitero ante la rapidez que quería llevarse el manejo de la licitación, de la audiencia de licitación, nosotros manifestamos que la fórmula no daba. En ese momento, Juan Carlos Sarmiento, quien se encontraba en la audiencia, manifiesta la fórmula no está dando. Lo que hace esta persona que dirigía el proceso es ignorar totalmente y continuar con la audiencia. De hecho, la sala se empieza

a conmocionar porque, pues, se observa que hay un error en el nuevo documento, que el empate no daba por ningún lado. Y no, esa fue la única manifestación que se hizo allí. Que no daba la fórmula matemática, y que el valor estaba mal mal publicado en ese nuevo informe que se entregó [...]".

4.15.3. Testimonio de Olga Yurani Rodríguez Otero

En el proceso se practicó el testimonio de Olga Yurani Rodríguez Otero⁷⁴ por petición de la CNSC, quien, como empleada de planta de dicho órgano, integró el comité asesor y evaluador financiero, por lo que participó en la realización de la evaluación económica de las propuestas. En su relato detalló los pormenores bajo los cuales se adelantó el análisis de comparación de las propuestas en el componente económico, así (Minuto 1:13:20):

"Bueno, nosotros organizamos el proceso de la evaluación económica, de acuerdo a cómo están los pliegos de condiciones. El proceso que se realiza es una vez la oficina asesora nos informa cuáles son las propuestas habilitadas, se hace el proceso de la evaluación económica teniendo en cuenta que en los pliegos está establecido que se realizará por tres métodos posibles, los cuales son sorteados de acuerdo a la TRM del día que se establecen los pliegos de condiciones. Para este caso de esta licitación, el método que se obtuvo fue el de media geométrica con presupuesto oficial. Efectivamente se realizó la revisión de las propuestas que estaban en ese momento, y una vez nos informaron que las habilitadas eran la Universidad Libre y el área andina, se procedió a revisar la propuesta económica para poder establecer la fórmula. Se realizó con base en el archivo de Excel, de la aplicación Excel, el cual pues siempre da una seguridad. Y se empezó con el tema de cálculo de la media geométrica, en el cual, tal como lo menciona la fórmula, dependiendo de la cantidad de propuestas, se debe incluir el presupuesto oficial. Para este caso, sería el presupuesto oficial una vez, teniendo en cuenta que las propuestas habilitadas eran dos. Se procedió a realizar la fórmula de radicación estableciendo pues el valor del radicando, el valor del índice, lo cual nos nos generó el dato de la media geométrica. Una vez obtenida esta fórmula se procedió a realizar la ponderación de las propuestas. Esta ponderación se realiza y, pues, se desglosa toda la fórmula que se menciona en los pliegos de condiciones en la cual se realiza la verificación de todas las agrupaciones, y se procedió a realizar la fórmula y la verificación con mi compañero Mauricio y también se le pasó a los demás miembros del comité evaluador económico. Posteriormente, después del día de la audiencia, pues se presentaron los resultados. En la audiencia, pues, yo no escuché que mencionaran absolutamente nada. Al día siguiente, la oficina jurídica nos informa que llegó una solicitud de verificación, sobre la aplicación de la fórmula, sin embargo,

74 Audiencia de Pruebas celebrada el 7 de octubre de 2021. El registro de audio y video de la audiencia se encuentra en el link referenciado en el acta de la diligencia. A su vez, el acta de la

una vez se revisó, pues la solicitud, nunca se evidenció [...] de pronto algún error. Efectivamente, volvíamos a revisar y no encontrábamos. Lo que optamos, pues, ya como comité fue entrar a verificar uno a uno todos los pasos, para toda la determinación. Obviamente también se realizó la verificación de la propuesta económica de cada una de las ofertas para verificar si había algún error también desde ese documento, que era un anexo a la licitación. Y se procedió a verificar una a una las fórmulas que se debían establecer. Se revisó, se volvió a revisar. Lo que optamos también fue por entrar a generarla paso a paso para verificar todas las agrupaciones. **En ese momento, pues, nos dimos cuenta que se presentó un percance con un paréntesis. La verdad, pues, en este momento no sabría decir en qué momento se pudo presentar alguna condición con el paréntesis. Pero posteriormente, una vez se realizó el detalle de toda la fórmula, una vez se realizó paso a paso, todo por separado, pues se pudo identificar**".

Posteriormente, al ser consultada sobre las implicaciones que el error advertido tuvo en el resultado de la evaluación de los ofrecimientos, la testigo respondió lo siguiente (minuto 1:23:55 y siguientes):

"Afectaba la jerarquía de las operaciones matemáticas. [...] Modificaba el resultado, cambiaba el resultado de la fórmula matemática. [...] En el tema de la evaluación económica como tal, cambiaba el resultado. Ya pues recordemos que el puntaje de la licitación es una sumatoria de varios puntajes que se dan también por otros comités. En este caso, para la evaluación económica específicamente cambiaba el resultado".

Finalmente, al ser cuestionada sobre el oferente que habría obtenido el mayor puntaje en el factor económico en caso de que la fórmula matemática hubiere sido aplicada en debida forma, la testigo respondió que la Fundación Universitaria del Área Andina habría obtenido el mayor puntaje en ese hipotético escenario (minuto 1:25:04).

Testimonio de Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso

En el proceso se practicó el testimonio de Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso⁷⁵ por petición de la CNSC, quien, como jefe de la Oficina Asesora Jurídica de esa entidad, tuvo a su cargo el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001. El testigo describió los pormenores que ocurrieron en la audiencia de adjudicación del proceso licitatorio, al paso que reconoció el error en que incurrió la entidad accionada en la aplicación de la fórmula establecida para el método escogido para la comparación de los ofrecimientos en el componente económico. Sobre este último punto, el testigo destacó que en el curso de la audiencia de adjudicación ninguno de los oferentes advirtió el error en la aplicación de la fórmula matemática, y que solo con posterioridad a su finalización ello fue advertido por la Universidad de Medellín, por lo que la entidad abordó el estudio de la situación, a tal punto de solicitar autorización a la Universidad Libre para la revocatoria del acto de adjudicación. Lo anterior fue expuesto por el testigo Valdivieso Valdivieso, así (minuto 1:34:22 y siguientes):

75 Audiencia de Pruebas celebrada el 7 de octubre de 2021. El registro de audio y video de la audiencia se encuentra en el link referenciado en el acta de la diligencia. A su vez, el acta de la

"[...]Se lee el acto de adjudicación en la audiencia, leímos del acto de adjudicación en la audiencia, y no pasó nada, nadie dijo nada. Por la noche de ese día [día en que se llevó a cabo la audiencia de adjudicación], uno de los trabajadores de la Universidad de Medellín, si mal no recuerdo, llamé a una de las asesoras del despacho del doctor Jorge Ortega, porque nadie se había dado cuenta hasta ese entonces, y le dije que supuestamente se había cometido un error en la fórmula aritmética de evaluación. El error finalmente fue que el equipo técnico que hizo la evaluación económica había puesto o un doble paréntesis o había quitado un paréntesis, pero la cuestión es de un paréntesis. Eso sucedió en la noche de ese día después de haber adjudicado. Al día siguiente me fue informada de esa situación, analizamos la situación, puse de presente a los comisionados, en la sala de comisionados. Escuchamos al equipo técnico, el equipo técnico explicó en qué consistió el error, y pues nosotros de todos modos fuimos y nos comunicamos con la Universidad Libre para pedirle el consentimiento para la revocatoria del acto de adjudicación. La Universidad Libre nos dijo con total contundencia que el acto de adjudicación es irrevocable, y además no están dados los presupuestos del artículo 9 de la ley 1150 del 2007. No se pudo revocar porque no tenía el consentimiento del beneficiario del acto de adjudicación, y entonces pues lo procedente fue ejecutar el contrato. Tiempo después llegó una solicitud de revocatoria de la Fundación Universitaria del Área Andina, donde, y hay que decirlo también su señoría, porque ellos ni siquiera en la solicitud de revocatoria sabían qué era lo que había sucedido. El error que

fue y seguramente los técnicos podrán explicárselo, fue un paréntesis al correr la fórmula económica, pero ni siquiera la Fundación Universitaria del Área Andina, cuando pidió la revocatoria, lo pidió".

Testimonio de Johanna Patricia Benítez Páez

En el proceso se practicó el testimonio de Johanna Patricia Benítez Páez⁷⁶ por petición de la CNSC, quien, en su condición de integrante del comité asesor y evaluador técnico, asistió a la audiencia de adjudicación que se adelantó dentro del marco del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001. De acuerdo con lo anterior, la señora Benítez Páez rindió testimonio en relación con las circunstancias que impidieron la participación del apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina en el curso de la audiencia de adjudicación, conforme se expone a continuación:

"[...] El doctor Jorge, que era quien fungía como asesor jurídico, creo, en ese momento de la Universidad del Área Andina, llevaba un poder que no tenía presentación personal. Entonces, pues, por esa razón, digamos, no se le permitió la intervención dentro de la audiencia. Se le permitió que se quedara como asistente, pero pues obviamente no pudo intervenir porque su poder no tenía presentación personal y, pues, esa es una exigencia porque es un poder especial".

Luego de precisar lo anterior, la testigo relató que la CNSC permitió a la institución educativa presentar el poder en debida firma (minuto 01:26:58 y siguientes) y manifestó no recordar que el apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina hubiere actuado como veedor ciudadano (minuto 01:27:25 y siguientes). Al ser consultada sobre si los participantes en el proceso licitatorio formularon observaciones en punto a la evaluación económica adelantada por la entidad, la señora Benítez Páez afirmó que no se hicieron observaciones o comentarios en

76 Audiencia de Pruebas celebrada el 3 de noviembre de 2021. El registro de audio y video de la audiencia se encuentra en el link referenciado en el acta de la diligencia. A su vez, el acta de la

relación con la evaluación adelantada por la CNSC (minuto 01:27:48 y siguientes). Y en concreto, frente a los representantes de la Fundación Universitaria del Área Andina, la testigo aseguró que ninguno de ellos intervino con el propósito de poner de presente el error en la evaluación económica (minuto 01:29:35 y siguientes).

Interrogatorio de parte de María Angélica Pacheco Chica

En este proceso se practicó el interrogatorio de parte de María Angélica Pacheco Chica⁷⁷, quien fungía como representante legal de la Fundación Universitaria del Área Andina en el momento en que se adelantó el proceso de selección. Ante las preguntas efectuadas por el apoderado de la CNSC, la señora Pacheco Chica manifestó lo siguiente:

La Fundación Universitaria del Área Andina otorgó poder especial amplio y suficiente al señor Juan Carlos Sarmiento Núñez para que representara a la institución educativa en el trámite de la audiencia de adjudicación que se llevó a cabo en el proceso licitatorio No. CNSC- LP-001 (minuto 01:04:20 y siguientes).

El poder especial otorgado para tales efectos no contaba con presentación personal, pues ello resultaba innecesario conforme lo había indicado un concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública "Colombia Compra Eficiente (minuto 01:06:13 y siguientes).

Aunque le fue otorgada la oportunidad para presentar el poder especial conforme a las exigencias de la CNSC, era físicamente imposible cumplir lo solicitado habida consideración de las especiales

dificultades que acarreaba una ciudad como Bogotá (minuto 01:09:31 y siguientes).

En cualquier caso, los representantes de la institución educativa formularon observaciones frente a la evaluación económica de los ofrecimientos, haciendo uso de la figura de veedor ciudadano (minuto 01:07:54 y siguientes).

La Universidad de Medellín también hizo llegar a la CNSC observaciones en punto al error en que se incurrió en el análisis de comparación de las propuestas en el componente económico (minuto 01:09:57 y siguientes).

Pese al error que fue advertido por parte de los participantes en el proceso licitatorio y por veedores ciudadanos, la CSNC continuó con el proceso licitatorio hasta su terminación y, posteriormente, celebró el contrato con la Universidad Libre (minuto 01:14:52 y siguientes).

Dictamen pericial

El extremo activo allegó junto con el libelo genitor el dictamen pericial⁷⁸ rendido por el perito Esgar Medina Rojas, que fue oportunamente decretado como prueba en el proceso y cuya contradicción se surtió en audiencia llevada a cabo el 7 de octubre de 2021.

77 Audiencia de Pruebas celebrada el 3 de noviembre de 2021. El registro de audio y video de la audiencia se encuentra en el link referenciado en el acta de la diligencia. A su vez, el acta de la diligencia reposa en el CD – que obra a folio 66 del Cuaderno Principal.

78 Fls 1010 a 1015, Cuaderno de Pruebas No. 7.

La experticia tuvo por objeto establecer el valor de: **(i)** los costos en que incurrió la Fundación Universitaria del Área Andina para estructurar, consolidar y presentar su propuesta; **(ii)** la utilidad esperada como consecuencia de la ejecución del contrato estatal; y **(iii)** los costos asumidos por cuenta de honorarios de abogados y asesoría jurídica especializada, lo cual se hizo necesario para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la irregular adjudicación realizada en el marco del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001

Para la elaboración del dictamen pericial, el señor Medina Rojas señaló que solicitó a la Fundación Universitaria del Área Andina "[...] *los registros contables asociados, la propuesta presentada, contratos de asesoría jurídica y los soportes [...] de los gastos y pagos realizados con ocasión de la presentación de la licitación No. CNSC- 001 DE 2019*". Al mismo tiempo, aclaró que el peritaje se llevó a cabo con base en la información contable correspondiente al primer cuatrimestre del año 2019, a propósito de lo cual destacó que "*el análisis se realizó con base en la normatividad contable vigente, sobre los libros de contabilidad y estados financieros (balance general y estado de resultados), de la Fundación Universitaria del Área Andina, detalle de auxiliares relacionados y detalle general de las cuentas auxiliares, suministrados por la Fundación; igualmente se verificó la oferta económica presentada por la Fundación dentro del proceso licitatorio CNSC-00 DE 2019 [sic] y adicionalmente dentro de los documentos de trabajo, se tuvieron en cuenta los contratos de asesoría jurídica especializados celebrados por la Fundación*".

Bajo este panorama, el perito advirtió que **(i)** el costo de personal para la preparación y presentación de la propuesta ascendió a **\$34.500.640**, suma de dinero que estaba comprendida por los valores de la remuneración mensual del personal destinado a la confección del ofrecimiento; **(ii)** el costo de papelería ascendió a **\$200.000**; **(iii)** el costo de la póliza de seriedad del ofrecimiento ascendió a **\$367.725**; **(iv)** la utilidad esperada ascendía a **\$609.811.239**; y **(v)** los gastos de representación judicial ascendieron a **\$113.050.000**. De acuerdo con lo anterior, como

resultado del peritaje contable, el señor Medina Rojas concluyó que el valor total de los perjuicios sufridos por la Fundación Universitaria del Área Andina como consecuencia de la adjudicación irregular en el proceso licitatorio, ascendió a

\$757.929.604.

Ahora bien, el perito Medina Rojas compareció a la audiencia de pruebas celebrada el 7 de octubre de 2021⁷⁹, a efectos de explicar los fundamentos de su experticia y de surtir su contradicción de acuerdo con lo ordenado en el artículo 228 del CGP. En el desarrollo de esta diligencia, a la que también asistieron los apoderados de las partes, el perito señaló que era contador público con una especialización en revisoría fiscal y auditoría internacional, así como también que contaba con más de 25 años de experiencia profesional (minuto 32:57 y siguientes).

Bajo el anterior contexto, refirió que la Fundación Universitaria del Área Andina le solicitó realizar un informe financiero correspondiente a la Licitación Pública No. CNSC-LP-001, punto en el cual destacó que para su realización tuvo en cuenta los documentos suministrados para el efecto, los cuales le sirvieron de sustento a la

79 Audiencia de Pruebas celebrada el 7 de octubre de 2021. El registro de audio y video de la audiencia se encuentra en el link referenciado en el acta de la diligencia. A su vez, el acta de la diligencia reposa en el CD – que obra a folio 66 del Cuaderno Principal.

demandante para la confección de su ofrecimiento (minuto 34:37 y siguientes). A partir de los documentos suministrados, el señor Medina Rojas afirmó que verificó los siguientes datos para efectos de arribar a las conclusiones que fueron expuestas en el texto del dictamen pericial (minuto 35:30 y siguientes): **(i)** las constancias de los salarios de los funcionarios que participaron en la confección de ofrecimiento;

(ii) los gastos de papelería; **(iii)** los gastos asociados a la póliza de seriedad del ofrecimiento; **(iv)** el presupuesto para la ejecución del contrato estatal en caso de que resultara adjudicatario, y **(v)** el contrato de asesoría jurídica que la actora suscribió con los profesionales que habrían de proteger sus derechos, con ocasión de la irregular adjudicación en el marco del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001.

Durante el curso de la audiencia de pruebas los apoderados de la Fundación Universitaria del Área Andina y de la CNSC interrogaron al perito (minuto 44:11 y siguientes). De un lado, el apoderado de la demandante consultó al perito, única y exclusivamente, sobre el valor total de los perjuicios sufridos como consecuencia de la expedición irregular del acto administrativo demandado, frente a lo cual el señor Medina Rojas se limitó a reiterar el valor total referido en la prueba pericial. De otra parte, el apoderado de la CNSC formuló varias preguntas al perito en relación con su idoneidad y la fundamentación del dictamen pericial (minuto 47:13 y siguientes). En efecto, el apoderado de la entidad accionada le preguntó sobre: **(i)** su experiencia como perito de la Rama Judicial del Poder Público, punto en el cual el señor Medina Rojas afirmó que era su primera experiencia; **(ii)** los estudios que le permitieran realizar la tasación de perjuicios, ante lo cual el perito manifestó tener una especialización en revisoría fiscal; y **(iii)** los documentos que sustentaron el dictamen pericial, frente a lo cual manifestó no haberlos presentado junto con el peritaje porque no le fue indicado.

En el trámite de la audiencia de pruebas la representante del Ministerio Público también interrogó al perito en relación con los fundamentos de la experticia (minuto 59:00 y siguientes). En esta oportunidad procesal, le preguntó sobre la vinculación de las personas que participaron en la confección del ofrecimiento de la Fundación Universitaria del Área Andina, ante lo cual perito respondió que eran empleados de la institución educativa. La representante del Ministerio Público

también consultó sobre la antigüedad de los empleados que participaron en la elaboración de la propuesta de la Fundación Universitaria del Área Andina, punto en el cual manifestó no tener el dato exacto en ese preciso momento. Adicionalmente, preguntó sobre la forma en que calculó el costo de personal para la preparación y presentación de la propuesta, ante lo cual el perito afirmó que tuvo en cuenta el salario mensual de cada uno de los funcionarios de la institución educativa destinados a tal labor, sin confirmar si éstos tuvieron dedicación exclusiva a ese proyecto.

La prueba pericial se encuentra regulada en los artículos 218 a 222 del CPACA y, en lo supletorio, en el capítulo VI del CGP. De conformidad con lo establecido en el primer inciso del artículo 226⁸⁰ del CGP, este medio de prueba resulta procedente para la verificación de hechos que interesen al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Es así que, el principal objetivo de la prueba pericial consiste en dotar al juez de información sobre hechos que le resultan extraños a su conocimiento por ser ajenos a su campo profesional, por lo

80 "ARTÍCULO 226. *PROCEDENCIA.* La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

que cobra especial importancia la credibilidad que la prueba pericial pueda llegar a generar en el operador judicial⁸¹.

En este punto viene bien anotar que "[...] *la fiabilidad de ese trabajo comporta un aspecto que no se suscita por el simple rótulo del experto, sino más bien, por la satisfacción de un conjunto de parámetros que permiten construir, de manera objetiva, la confianza sobre las opiniones especializadas*"⁸². En este sentido, el Estatuto Procesal Civil –**aplicable por la remisión expresa establecida en el inciso primero del artículo 218⁸³ del CPACA**– edificó la credibilidad o verosimilitud de la prueba pericial a partir de tres elementos objetivos, como lo son: (i) los fundamentos de la prueba pericial; (ii) la imparcialidad del perito; y (iii) la idoneidad del perito⁸⁴. Es por este motivo que el artículo 226 del CGP establece que el dictamen pericial deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito, al paso que dispone que el dictamen pericial deberá explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, así como también los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

En igual medida, el precitado artículo 226 *ejusdem* establece que el dictamen pericial deberá indicar, entre otros, la siguiente información: (i) la profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración, a propósito de lo cual precisa que se deberán anexar los documentos que lo habilitan para su ejercicio y los títulos académicos y demás documentos que certifiquen la experiencia profesional, técnica o artística; (ii) la lista de casos en los que el experto ha sido designado como perito en los últimos 4 años; (iii) si el experto ha sido designado por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, como perito en procesos anteriores o en curso; y (iv) si los exámenes, métodos o experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio.

De este modo, lo cierto es que al momento de valorar la prueba pericial el juez no solo deba cotejar que haya sido sometido al principio de contradicción y que la incorporación al proceso satisfaga las exigencias legales descritas en los artículos 218 a 220 del CPACA y 226 a 231 del CGP, sino que, a su vez, **deba ponderar el cumplimiento de elementos a partir de los cuales se predica su credibilidad, lo que naturalmente otorga el poder de restar valor o eficacia probatoria a esta prueba**, en consideración de la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito – *experto en la materia técnica analizada* –, su

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC7722-2021 del 24 de junio de 2021, Radicación nº 11001-02-03-000-2021-01718-00.

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC7722-2021 del 24 de junio de 2021, Radicación nº 11001-02-03-000-2021-01718-00.

83 "ARTÍCULO 218. PRUEBA PERICIAL. <Artículo modificado por el artículo 54 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La prueba pericial se regirá por las normas establecidas en este código, y en lo no previsto por las normas del Código General del Proceso".

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC7722-2021 del 24 de junio de 2021, Radicación nº 11001-02-03-000-2021-01718-00.

comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso, conforme a los artículos 232⁸⁵ y 235⁸⁶ del CGP.

Al respecto, conviene agregar que la oportunidad procesal para apreciar o valorar el dictamen pericial es el momento en que se dirime la controversia y no aquel en que es decretado o practicado. Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que: "[...] según el artículo 232 del CGP para la valoración del dictamen pericial, el juez debe tener en cuenta la idoneidad del perito para que, en conjunto con los demás criterios (solidez, exhaustividad, claridad, precisión y calidad del dictamen), pueda asignarle valor demostrativo, ejercicio que se hace en la sentencia, como lo prevé el artículo 187 del CPACA. De manera que, pese a haberse decretado y practicado, solo será al momento de dictar sentencia cuando debe ser valorado bajo las reglas de la sana crítica. [...]"⁸⁷. En el mismo sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que "la sentencia el escenario propicio para que el juez valore, de acuerdo a cada caso concreto, el apego del trabajo elaborado por un experto a los requisitos mencionados, pues de su cumplimiento, en mayor o menor medida, se edificará la fiabilidad y el mérito que será otorgado al medio suasorio y su incidencia para la solución de cada causa en particular"⁸⁸.

Bajo el anterior entendimiento, revisado el contenido del dictamen allegado por la Fundación Universitaria del Área Andina, en conjunto con lo sustentado por el perito en la audiencia de pruebas y los restantes medios de prueba que obran en el proceso, la Sala advierte que carece de eficacia probatoria, porque no satisfizo los presupuestos mínimos que debían reunirse para efectos de generar credibilidad en el operador judicial. Al respecto, cabe indicar que el dictamen pericial no fue acompañado con los documentos que demuestran la idoneidad del perito para realizar el estudio financiero que le fue encomendado, ni mucho menos de aquellos que acrediten su experiencia en la materia⁸⁹.

85 "ARTÍCULO 232. APRECIACIÓN DEL DICTAMEN. El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso".

86 "ARTÍCULO 235. IMPARCIALIDAD DEL PERITO. El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito. El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la

sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad. En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad. Parágrafo. No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio".

87 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 6 de noviembre de 2025, exp. 29229.

88 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC7722-2021 del 24 de junio de 2021, Radicación nº 11001-02-03-000-2021-01718-00.

89 Sobre la falta de idoneidad del perito y su incidencia en la eficacia probatoria, esta Sección se pronunció en el mismo sentido en sentencia del 21 de febrero de 2025, así: "[...] *Tomando en cuenta lo anterior, es de advertir que el dictamen no cumplió con la información mínima que determine, entre otras, la profesión del perito, con los documentos que respalden su idoneidad, títulos académicos y experiencia. Asimismo, se advierte que sus conclusiones no surgieron de la aplicación de un procedimiento científico, y sus aseveraciones acerca de la inexactitud del inventario de controladores de tráfico son subjetivas, toda vez que se fundamentaron en apreciaciones y experiencias personales*

Aun cuando en el curso de la audiencia de pruebas el señor Medina Rojas hubiere afirmado que era contador público con una especialización en revisoría fiscal y auditoría internacional, así como también que contaba con más de 25 años de experiencia, lo cierto es que no allegó los títulos académicos y demás documentos que demostraran que ostenta esa profesión y que estaba habilitado para ejercerla, ni mucho menos los documentos que acreditaran que el perito contaba con la experiencia profesional referida. Por lo demás, no sobra indicar que en audiencia de pruebas el señor Medina Rojas reconoció que ésta era su primera experiencia como perito de la Rama Judicial del Poder Público, lo que, en conjunto con lo expuesto, impide a esta Sala otorgar credibilidad a la prueba pericial que fue presentada junto con el libelo introductorio.

A todo lo expuesto en los anteriores términos debe agregarse que la prueba pericial no da cuenta de las operaciones aritméticas o procedimientos realizados a partir de la información suministrada por la entidad para arribar a las conclusiones que fueron expuestas en la pericia, lo que se ve agravado por el hecho de que el señor Medina Rojas no hubiere acompañado la prueba pericial con los documentos que le sirvieron de sustento; aspecto que, inclusive, fue reconocido en el interrogatorio al que fue sometido en el desarrollo de la audiencia de pruebas realizada el 7 de octubre de 2021. **Como es natural, esta circunstancia impide valorar o verificar la solidez de los fundamentos de la prueba pericial, los cuales ya de por sí mismo son lo suficientemente superficiales como para otorgarle credibilidad a este medio probatorio.**

Vistas así las cosas, de cara a las consideraciones que han sido expuestas, la Sala concluye que el dictamen pericial allegado al proceso no tiene eficacia probatoria, por lo que al momento de analizar el caso concreto no se hará referencia a sus conclusiones, ni a su desarrollo. Como se ha expuesto, las razones que llevan a esta Subsección a adoptar esta determinación están dadas por el hecho de que la parte accionante no demostró la idoneidad y experiencia del perito para rendir la experticia, así como también por el hecho de que las conclusiones de la pericia no estén edificadas sobre fundamentos sólidos y verificables por parte del operador judicial.

Caso concreto

La Sala anticipa la revocatoria de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la nulidad del acto de adjudicación demandado, por cuanto está acreditado que desconoció el deber de selección objetiva. Tal y como lo advierte la parte demandante, las pruebas documentales y testimoniales practicadas dentro del proceso acreditan que en el trámite del proceso licitatorio la CNSC erró en la aplicación de la fórmula matemática establecida para el método de ponderación económico de los ofrecimientos, lo que a llevó a considerar la existencia de un empate que, a la postre, dio lugar a la irregular adjudicación del contrato estatal a la Universidad Libre. De igual manera, las pruebas obrantes en el expediente demuestran que, de haber sido aplicada la fórmula matemática en debida forma, la

no sustentadas en información objetiva y verificable. Es por ello que este dictamen no guarda el valor probatorio suficiente para soportar las alegaciones de la apelante". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de febrero de 2025, exp. 71583. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2024, exp. 66566.

Fundación Universitaria del Área Andina habría resultado adjudicataria en el marco del proceso licitatorio.

Es así como, la Fundación Universitaria del Área Andina vio frustrado su derecho a celebrar y ejecutar el contrato para la realización del concurso de méritos para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa, de algunas entidades en los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander. De allí que la Sala estime procedente acceder al reconocimiento de la utilidad dejada de percibir como consecuencia de la irregular expedición del acto administrativo demandado, la cual, dicho sea de paso, se encuentra demostrada a partir de la propuesta que la institución educativa presentó en el marco del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001.

De otra parte, debe indicarse que la Sala no accederá al reconocimiento de los gastos reclamados por concepto de la elaboración de la propuesta. Al efecto basta recordar que, tal y como lo ha considerado de manera pacífica la jurisprudencia de esta Sección, aquellos constituyen un costo de oportunidad que los oferentes deben asumir por cuenta de su participación en el proceso licitatorio. Al margen de lo anterior, lo cierto es que estos perjuicios no están acreditados en el expediente, por lo que, en cualquier caso, no procedería su reconocimiento.

La Sala tampoco accederá al reconocimiento de los honorarios de asesoría jurídica que fueron reclamados por la Fundación Universitaria del Área Andina, como consecuencia de la asesoría y representación jurídica que se hizo necesaria para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado. Esta decisión se adopta porque los gastos reclamados no están probados en el expediente y porque, en todo caso, la Sala resalta que en esta providencia judicial resolverá lo relativo a la condena en costas, esto es, determinará el sujeto procesal que debe asumir la carga económica que, para su contraparte, comportó la comparecencia al proceso judicial, punto en el cual vale la pena destacar que entre las costas figuran las agencias en derecho o gastos de apoderamiento o representación judicial.

En igual medida, la Sala se abstendrá de ordenar a la CNSC que expida una certificación a nombre de la demandante en la que se acredite que ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad en el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-

001. Tal determinación resulta manifiestamente innecesaria, porque la providencia judicial que en esta oportunidad profiere esta Subsección cumplirá el propósito perseguido con la certificación, que no es otro distinto a establecer que la Fundación Universitaria del Área Andina tenía derecho a la adjudicación del contrato estatal por haber presentado la oferta más favorable para la CNSC.

Finalmente, la Sala declarará de oficio la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 247 suscrito entre la CNSC y la Universidad Libre, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según el cual son absolutamente nulos los contratos estatales cuando se decreta la ilegalidad de los actos administrativos en que se fundamenten. Aun cuando la parte accionante no hubiere formulado una pretensión en dicho sentido, lo cierto es que, en aras de proteger el orden público que debe regir las relaciones jurídicas, *"el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un*

*contrato, aun sin petición de parte"*⁹⁰. De ahí que esta Subsección se vea en la obligación de adoptar la decisión antes referida pues en este proceso judicial se demostró la ilegalidad del acto de adjudicación de la licitación pública No. CNSC- LP-001, esto es, el acto administrativo en que se fundamentó la suscripción del contrato para la realización del concurso de méritos.

Para mayor organización y claridad, a efectos del examen de validez del acto acusado de cara a los cargos del recurso de apelación, la Sala expondrá su análisis abordando separadamente los siguientes aspectos, en su orden, a saber: **(i)** el objeto del litigio en el presente caso y las razones por las cuales al Tribunal no lo desbordó; **(ii)** el deber de selección objetiva en el ordenamiento jurídico colombiano;

(iii) la evaluación económica adelantada por la CSNC y su incidencia en el resultado final del proceso licitatorio; **(iv)** la formulación de observaciones en el trámite del proceso licitatorio; **(v)** el restablecimiento del derecho en el caso concreto y la indemnización de perjuicios reclamados por la parte accionante; y **(vi)** la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 247, suscrito entre la CNSC y la Universidad Libre

El objeto del litigio en el presente caso y las razones por las cuales al Tribunal no lo desbordó

De acuerdo con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política y en el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, los jueces y magistrados que integran la Rama Judicial del Poder Público ejercen función jurisdiccional, la cual ha sido definida por esta Corporación como "[...] *la facultad de administrar justicia que corresponde en abstracto a todos los jueces y que se concreta en uno de ellos en virtud de la competencia que le otorga el poder de conocer un asunto a un juez determinado*"⁹¹. La importancia de la función jurisdiccional en el Estado Social de Derecho está dada por el hecho de que funge como un mecanismo que permite conservar la paz y la armonía social que se ve afectada como consecuencia del surgimiento de un conflicto de intereses, lo que le imprime al desarrollo de esa función un papel trascendental en la satisfacción del interés general.

Como es natural, el ejercicio de la función jurisdiccional confiere al juez el poder de decidir con efectos vinculantes los conflictos que son puestos en su conocimiento, con arreglo a las normas procesales que rigen la ritualidad de cada juicio. En ese sentido, cabe indicar que el poder de decisión no es absoluto o ilimitado, pues "[e]l *ejercicio de la función de la jurisdicción debe realizarse en forma regulada de antemano, con el objeto de que se tenga una base cierta sobre el trámite que se debe seguir en cada caso concreto, evitando así las arbitrariedades y el*

desconcierto social que supone su desarrollo sin reglas preestablecidas; por ello, el instrumento de que se vale el Estado para ejercer su jurisdicción es el proceso, que se encuentra minuciosamente reglado en las diferentes leyes procesales [...]"⁹².

90 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de agosto de 2006, exp. 31354. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 29742.

91 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto del 27 de marzo de 2008, exp. 0099-2007.

92 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. Código General del Proceso. Parte Segunda. DUPRE Editores. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2019, P. 156.

Ahora bien, los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo están sometidos en su ritualidad a las normas procesales contenidas en el CPACA, y en lo no previsto en ellas a las normas procesales que integran el CGP⁹³. En lo que respecta al contenido de la sentencia, el 187⁹⁴ del CPACA dispone que aquella debe ser motivada y debe contener un breve resumen de la demanda y de su contestación, así como también un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos que se estimen necesarios para fundamentar la decisión. Por su parte, con mayor precisión el artículo 281⁹⁵ del CGP dispone que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda, al igual que con las razones de defensa de la parte accionada; a propósito de lo cual esta norma establece que no podrá condenarse al demandado por objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

De este modo, resulta diáfano que al momento de decidir el juez está limitado en su análisis a los aspectos esenciales que distinguen la controversia puesta en su conocimiento, los que afloran a partir de la argumentación expuesta por la parte activa en el libelo introductorio, así como también por la parte pasiva en la contestación de la demanda. En línea con lo anterior, cabe agregar que *"[...] estos elementos delimitan el objeto alrededor del cual debe girar el debate del proceso y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final, es decir, constituyen pilares fundamentales que garantizan el ejercicio, entre otros, del derecho de acción y, correlativamente, del de contradicción y, a su vez, imponen al juez el deber de fallar de manera congruente con lo pretendido en la demanda y su fundamento"*⁹⁶.

Por lo demás, no sobra señalar que el respeto de los límites que impone el principio de congruencia cobra especial relevancia en el marco del proceso judicial que se adelanta bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Ello, habida cuenta de que este medio de control, conforme lo ha considerado la jurisprudencia de esta Sección⁹⁷, responde a la regla técnica de justicia rogada

93 *"ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"*.

94 *"ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen."*

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el

fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas".

95 "ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta [...]".

96 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2021, exp. 52434.

97 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2024, exp. 68965.

teniendo en consideración que: *(i)* por expresa disposición del artículo 88⁹⁸ del CPACA los actos administrativos están dotados de una presunción de legalidad, por lo que corresponde a los particulares desvirtuar ese atributo a través de la formulación de los cargos de nulidad de cara a las causales establecidas en el inciso segundo del artículo 137⁹⁹ del CPACA; y *(ii)* los jueces no son superiores jerárquicos de las autoridades administrativas, y, por ello, no les corresponde adelantar un control oficioso de legalidad de los actos que expiden las autoridades administrativas.

Pues bien, en el caso concreto la controversia gira en torno a la evaluación de los ofrecimientos presentados en el curso del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001 y, en concreto, a la asignación del puntaje por concepto del factor económico que fue incluido en el pliego de condiciones como una variable de selección. En criterio de la parte accionante, la CNSC erró en la aplicación de la fórmula correspondiente al método escogido para la comparación de las propuestas en el componente económico, lo que dio lugar a considerar la existencia de un empate que, a la postre, llevó a adjudicar el contrato a la Universidad Libre a partir de la aplicación de los criterios de desempate establecidos en el pliego de condiciones. De este modo, la demandante consideró que el acto administrativo estaba viciado de nulidad como consecuencia del desconocimiento del deber de selección objetiva, así como también por estar falsamente motivado.

En contraposición a lo planteado por la Fundación Universitaria del Área Andina, la CNSC señaló que no incurrió en yerro alguno en el proceso de evaluación de los ofrecimientos, al tiempo que refirió que, en cualquier caso, la demandante no alegó en el marco del proceso licitatorio que la entidad hubiere incurrido en un error en la evaluación de los ofrecimientos. La Universidad Libre, por su parte, sostuvo que el acto administrativo demandado no estaba viciado de nulidad, al considerar que la evaluación adelantada por la CNSC se ciñó estrictamente a las reglas establecidas en el pliego de condiciones, punto en el cual resaltó que era falso que el puntaje asignado en su favor se hubiere basado en la errada e ilegítima aplicación de las condiciones objetivas definidas en el pliego de condiciones.

En estos términos, la Sala encuentra que la demandante centró su reproche de ilegalidad en la indebida evaluación del componente económico de los ofrecimientos, lo que fue refutado por las entidades accionadas al contestar la demanda. Es así que el análisis de legalidad del acto administrativo de adjudicación demandaba la revisión de la evaluación del componente

económico de los ofrecimientos y, en ese contexto, exigía determinar si la entidad incurrió en un error en la aplicación de la fórmula establecida para la ponderación de los ofrecimientos en el componente económico, lo que debía ser verificado de cara a las pruebas que fueron decretadas y practicadas en el proceso judicial. De ahí que, en criterio de esta Subsección, el análisis

98 "ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos

administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar".

99 "ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. [...]"

desarrollado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para negar las pretensiones de la demanda guardara congruencia con los elementos esenciales de la controversia que fue puesta en conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en esta oportunidad.

Para la Sala resulta entonces desatinado lo alegado en la alzada en el sentido de que el debate debió haberse centrado en el estudio de las repercusiones que para el proceso licitatorio comportó el error en que incurrió la CNSC. Por más de que la Fundación Universitaria del Área Andina considerara que el error en que incurrió la entidad accionada estaba suficientemente demostrado, inclusive, antes del inicio del proceso judicial, lo cierto es que le asistía la carga de desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado en el marco del proceso judicial de la referencia y, en ese sentido, allegar al proceso los medios probatorios pertinentes para demostrar la irregularidad sobre la cual centró su reproche de ilegalidad, esto es, el supuesto error en que incurrió la entidad accionada al adelantar el análisis de comparación de las propuestas en el componente económico.

A lo anterior debe añadirse que el objeto del litigio fijado en audiencia inicial de manera alguna limitó los aspectos sobre los cuales habría de recaer el pronunciamiento judicial. Al respecto, cabe señalar que, en el curso de esa diligencia, al fijar el objeto del litigio, el Tribunal estableció que en la sentencia habría de determinarse si resultaba procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado y si, como consecuencia de ello, resultaba procedente adjudicarle el contrato a la Fundación Universitaria del Área Andina o reconocerle la utilidad dejada de percibir y los gastos de preparación de la propuesta¹⁰⁰. En cualquier caso, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que "[...] la fijación del litigio no constituye una *camisa de fuerza para el operador judicial, pues en aras de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, el juez se encuentra facultado para determinar si la decisión debe limitarse al problema jurídico planteado en la audiencia inicial o si debe ser ampliado*"¹⁰¹. De ahí que en todo caso el Tribunal habría tenido que pronunciarse sobre la prueba de la irregularidad alegada, pues ello se constituyó como el eje central del reparo de ilegalidad formulado contra el acto administrativo de adjudicación.

De otra parte, llama la atención el hecho de que la Fundación Universitaria del Área Andina

hubiere sostenido en su alzada que el error en que incurrió la entidad era un hecho notorio que, a la luz del artículo 167 del CGP, no requería prueba. Sobre este particular es del caso señalar que el hecho notorio ha sido definido por la doctrina como "*[...] aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por*

100 El objeto del litigio fue fijado en el trámite de la audiencia inicial, así: "*Se deberá establecer si hay lugar a que se declare la nulidad de la Resolución No. CNSC 20191400021505 del 3 de abril de 2019, "Por la cual se materializa una decisión de Sala Plena de Comisionados para adjudicar el proceso de Licitación Pública No. CNSC-LP-001 de 2019", expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la cual se adjudicó el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001 de 2019 a la Universidad Libre, y si resulta procedente como restablecimiento se adjudique la licitación a la Fundación Universitaria del Área Andina o se reconozcan las utilidades dejadas de percibir por lo dejado de percibir de haber sido el adjudicatario y los gastos generados al demandante en la elaboración de la oferta*".

101 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de diciembre de 2020, exp. 60307.

el juez"¹⁰². Por su parte, esta Corporación ha indicado que el hecho notorio es "*[...] una circunstancia fáctica de conocimiento general, «cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo». Aquel, además, puede ser actual o permanente, no se requiere que el conocimiento sea universal y basta con que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan*"¹⁰³.

Al efecto, vale la pena agregar que el hecho notorio debe ser alegado en la oportunidad procesal pertinente para que la contraparte tenga la oportunidad de controvertirlo, y para que el juez pueda estudiar la procedencia de reconocerlo como tal en la sentencia¹⁰⁴. Ello, pues "*sostener que, aunque no se haya alegado el hecho notorio, ni se haya dicho nada al respecto, durante el proceso, el juez pueda tenerlo en cuenta en la sentencia, en forma sorpresiva, constituye una abierta pretermisión del derecho de defensa*"¹⁰⁵.

Dicho lo anterior, la Sala considera que el error endilgado a la CNSC en este caso no podía tenerse como un hecho notorio porque la parte demandante no elevó una solicitud en ese sentido en el libelo genitor, oportunidad en la que debió hacerlo para que la contraparte pudiera controvertir esa determinación, así como también para que el Tribunal pudiera estudiar la procedencia de esa solicitud en la sentencia de primera instancia. Sumado a lo anterior, vale la pena destacar que con el libelo introductorio la parte accionante allegó un abundante material probatorio documental, al paso que solicitó la práctica de varios testimonios con el propósito de demostrar los hechos objeto del litigio. De ahí que la misma conducta procesal de la parte accionante evidenciara que el error en que incurrió la entidad debía ser objeto de prueba, o lo que es lo mismo, no podía tenerse como un hecho notorio.

En este mismo sentido, conviene señalar que la conducta desplegada por la entidad accionada en el proceso licitatorio no resulta un hecho conocido de manera generalizada por el conglomerado social. Por más de que el proceso licitatorio hubiere cumplido con la publicación de sus actos en un registro público como lo es el sistema electrónico para la contratación pública – SECOP, lo cierto es que las decisiones que en el interior de dicho proceso se tomaron no fueron notorias para el conglomerado social, o por lo menos esta Subsección no cuenta con elementos probatorios que permitan determinarlo. Sobre este

punto cabe distinguir, además, que una cosa es que las pruebas que fueron arrimadas al proceso demuestren de manera contundente un hecho objeto de discusión, mientras que otra muy distinta es que el hecho sea conocido de manera generalizada en un determinado conglomerado social por su difusión, publicidad, divulgación o notoriedad, lo que se insiste no ocurrió en este caso.

En estas condiciones, de cara a los argumentos que han sido expuestos, la Sala concluye que la sentencia de primera instancia resultó congruente con los elementos esenciales de la controversia que fue puesta en su conocimiento. En efecto, el análisis

102 PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Decima Séptima Edición. Bogotá D.C. 2009, P. 136.

103 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de julio de 2025, radicado 11001-03-15-000-2025-02792-00.

104 LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. Código General del Proceso. Pruebas. DUPRE Editores. Bogotá D.C. 2019, P. 80 a 83.

105 PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Decima Séptima Edición. Bogotá D.C. 2009, P. 137.

de legalidad del acto administrativo de adjudicación exigía verificar si la entidad incurrió en un error al adelantar el ejercicio de comparación de los ofrecimientos, puesto que esa fue la irregularidad sobre la cual se centró el reproche de ilegalidad formulado en su contra. Adicionalmente, cabe insistir en que el error endilgado a la CNSC no podía tenerse como un hecho notorio, porque la parte accionante no lo solicitó en la oportunidad procesal pertinente y porque, en cualquier caso, el error endilgado a la entidad accionada no era un hecho conocido de manera generalizada por el conglomerado social.

En el anterior orden, no prospera el primer cargo formulado contra la sentencia de primera instancia, según el cual el Tribunal desbordó el objeto del litigio al centrar el debate alrededor de la prueba del error en que incurrió la demandada en el ejercicio de evaluación del componente económico de los ofrecimientos. Por el contrario, se insiste en que esa fue una determinación que se ajustó a los elementos esenciales de la controversia que fue delimitada por los sujetos procesales.

El deber de selección objetiva en el ordenamiento jurídico colombiano

De conformidad con lo prescrito en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal se erige como uno de los instrumentos por medio de los cuales el Estado cumple sus fines esenciales. Para lograr la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, el Estado requiere de obras, bienes y servicios que obtiene a partir de la colaboración de los particulares, quienes deben ser contratados a través de los procedimientos de selección regulados en el **EGCAP**.

El proceso de formación de la voluntad de la Administración Pública, a diferencia de lo que ocurre en la contratación entre particulares, supone el agotamiento de un procedimiento eminentemente reglado. En efecto, el EGCAP establece: **(i)** los procedimientos de selección que deben ser adelantados para la contratación de obras, bienes y servicios; **(ii)** las características de cada uno de estos procedimientos, con lo que define su procedencia en cada caso dependiendo de la necesidad específica que tenga la Administración Pública; **(iii)** las etapas que deben surtir para

efectos de la escogencia del contratista, así como también las reglas y principios con base en los cuales debe adelantarse el respectivo procedimiento de selección y adoptarse la decisión final; y **(iv)** los presupuestos bajo los cuales debe suscribirse el contrato estatal.

En tal sentido, resulta razonable entender, como lo ha hecho la jurisprudencia de esta Corporación, que la Administración Pública no se encuentra en una posición de libertad absoluta para seleccionar a sus contratistas, en la medida en que "[...] *está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1º asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella*"¹⁰⁶.

En este punto viene bien anotar que la Ley 80 de 1993, tal y como lo ha reconocido

106 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

la doctrina¹⁰⁷ y la jurisprudencia¹⁰⁸, es una ley eminentemente de principios que deben guiar la actuación de la Administración Pública en el marco del procedimiento de selección¹⁰⁹, pero que también cuenta con reglas que prescriben parámetros de conducta tendientes a permitir, mandar o prohibir. De ahí que la jurisprudencia de esta Sección haya entendido que "[...] *la Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa*"¹¹⁰.

Pues bien, en materia precontractual, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece las reglas conforme con las cuales debe adelantarse el procedimiento de licitación pública. En dicho contexto, el numeral 2¹¹¹ de la referida disposición normativa determina la obligación a cargo de las entidades estatales de elaborar el pliego de condiciones que debe gobernar el procedimiento administrativo, punto en el cual

107 "*La Ley 80 de 1993 en su concepción inicial es una ley de principios, a diferencia del Decreto 222 de 1983, que era un cuerpo de reglas; [...] Cuando se afirma que la Ley 80 es una ley de principios, se está manifestando que se promulgó bajo la hipótesis de que ha de resultar aplicable tanto a situaciones presentes como futuras y que, sin importar el caso concreto que se esté presentando, o las circunstancias que lo rodeen, la norma debe proveer de los mecanismos necesarios para afrontarlo, por cuanto indica los valores que deben prevalecer. Por consiguiente, no se trata de un estatuto caracterizado por prohibiciones o por formalismos. Es, más bien, un conjunto de reglas sobre la administración de un contrato.*" DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Tercera Edición. Bogotá D.C. 2016, Pgs 26 – 27.

108 "2.2.1. *La Ley 80 de 1993 es, entonces, una ley esencialmente de principios de estirpe constitucional y desarrollo legal, por oposición al anterior estatuto de contratación (Decreto - ley 222 de 1983) que lo era absolutamente de reglas, lo cual constituye una diferencia sustancial en el entendimiento del estudio del derecho que informa la contratación estatal. Como atrás se señaló, la Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas*

cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

109 En este sentido, debe destacarse que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone que "*Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán 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 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 administrativo.*" En la misma línea, el artículo

28 de la misma Ley establece que "*En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.*"

110 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

111 "**ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN.**
<Aparte

*tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La licitación o **concurso** se efectuará conforme a las siguientes reglas: [...] 2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o **términos de referencia**, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas."*

agrega que aquel debe detallar aspectos relativos al contrato tales como su objeto y regulación jurídica, así como también las condiciones de escogencia y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias, con el propósito de adoptar una decisión que permita asegurar las condiciones más favorables para satisfacer la necesidad específica que tenga la Administración Pública.

Al mismo tiempo, la Ley 80 de 1993 establece que los pliegos de condiciones deben estar integrados por reglas que reúnan unas características específicas, con el propósito de permitir la participación en el procedimiento de selección en igualdad de condiciones, al tiempo que asegurar la selección objetiva del contratista. En tal sentido, el numeral 5 del artículo 24 *ejusdem*¹¹², al sentar las bases del principio de transparencia que debe ser observado en la etapa precontractual, dispone que en el pliego de condiciones la entidad estatal debe **(i)** indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección; **(ii)** definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole y una escogencia objetiva; **(iii)** establecer con precisión las características de los bienes, obras o servicios requeridos; **(iv)** incluir reglas que no induzcan a error y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; y **(v)** abstenerse de incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, así como también exenciones de la responsabilidad derivada de los informes, datos y documentos suministrados.

Bajo este contexto normativo, el legislador impuso a las entidades estatales el deber de escoger a sus contratistas en atención a los factores y criterios establecidos en el pliego de condiciones, los cuales, en un primer momento, fueron asociados a aspectos relativos tanto a la oferta como al proponente mismo. Al punto, viene bien recordar que el deber de selección objetiva estuvo regulado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, cuyo tenor literal era el siguiente:

"ARTÍCULO 29. La selección de contratistas será objetiva.

112 **"ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.** En virtud de este principio: [...]

5o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia:~~ [...]

Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

<Literal **CONDICIONALMENTE** **exequible**> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación **o concurso.**

Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

Jurisprudencia Vigencia

Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos ~~o términos de referencia~~ y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.[...]"

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. [...]"

Esta norma fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, en atención a las dificultades que en el campo práctico comportó para la escogencia objetiva del contratista. Estas dificultades han sido abordadas y analizadas por la doctrina, haciendo alusión al hecho de que, al regular los pormenores bajo los cuales debía cumplirse el deber de selección objetiva, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 "*confundía criterios predicables de la persona del oferente que en sí mismos nada dicen de la oferta, con factores propios de la propuesta, lo que daba lugar a que muchas veces se escogiera a la oferta que en realidad no era la mejor sino la que era presentada por un proponente con condiciones personales sobresalientes pero sin ningún valor agregado dado el objeto del contrato*"¹¹³. De este modo, el legislador optó por "[...] *dividir las condiciones del 'oferente' e independizarlas de las condiciones de la 'oferta' para evitar las distorsiones ya citadas y lograr con ello que*

113 DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores. Bogotá D.C. 2016, Pgs 354 a 355. En el mismo sentido, María Teresa Palacio Jaramillo expone que: "*Si se observa con detenimiento la redacción del artículo 29 de la Ley 80/93, se puede determinar que, en su segunda parte, precisamente la modificada, es fácil llegar a confundir dos aspectos del proceso de selección que en la realidad son bien diferentes y que al mezclarlos estaban produciendo efectos nocivos en la definición de lo que debería entenderse como oferta más favorable. En efecto, la citada norma no establecía diferencia alguna entre la evaluación de un "oferente" y la valoración de una "oferta", procediendo a dar puntaje de manera indiscriminada a los dos, para obtener un resultado final. Con el propósito de ilustrar el punto se tenía, por ejemplo, que en una propuesta para construir un puente peatonal donde se daba un significativo puntaje a la experiencia en contratos anteriores o a las especializaciones obtenidas por su ingeniero residente o al cumplimiento de contratos, recayendo la adjudicación, obviamente, en el oferente que más títulos universitarios demostrara o más kilómetros de pavimento hubiere instalado, cuando lo verdaderamente requerido para construir esa obra, en específico, era la participación efectiva y real de un ingeniero civil idóneo y competente. Las distorsiones que esto causaba en el precio y en la ejecución de la obra eran evidentes, por cuanto el Estado terminaba pagando un costoso Ingeniero de altísimas especialidades y calificaciones y con una rica trayectoria en proyectos de infraestructura, para terminar recibiendo un producto (puente peatonal) construido por un ingeniero civil con pocos años de graduado y una experiencia razonable para este tipo de proyecto, adquiriendo un puente excesivamente costoso, construido sin la participación de quien presentaba las credenciales exigidas, pudiéndose concluir que, en muchos casos, se estaban comprando títulos y experiencia propias del oferente y no se lograban ofertas idóneas, a buenos precios y condiciones, que es en realidad lo que se busca y requiere.*" PALACIO JARAMILLO, MARÍA TERESA. Contratos Estatales Tomo I. Principio de Selección Objetiva. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2022 Pgs. 381 a 382.

la entidad pudiera conocer a su futuro contratista, valorando que su proyecto sea el realmente requerido y le brinde una confianza razonable de cumplimiento"¹¹⁴.

Fue así que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007¹¹⁵ identificó los requisitos necesarios para participar en el procedimiento de selección bajo un linaje subjetivo o, si se quiere, bajo criterios ligados a las condiciones del oferente, al determinar que "*La capacidad jurídica y las condiciones*

de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje [...]", salvo en procesos de selección como el concurso de méritos para la escogencia de consultores, en donde la experiencia debe ser tenida como un factor ponderable. En contraste, la norma asoció los factores de selección con el ofrecimiento mismo y no con las calidades o condiciones del proponente, al disponer que el aspecto económico y técnico de los ofrecimientos son los elementos que deben tenerse en cuenta para efectos de la asignación del puntaje, sin limitar la posibilidad de que las entidades incluyan otro tipo de requisitos relativos al ofrecimiento mismo.

Bajo este panorama, el artículo 5 *ejusdem* establece que *"es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva [...]"*, y al mismo tiempo dispone que *"La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos [...]"*.

En estos precisos términos, la doctrina ha expuesto que el deber de selección objetiva debe ser entendido bajo una doble acepción. De un lado, como un parámetro de conducta que limita la discrecionalidad de los agentes estatales al prohibir que la selección del contratista sea efectuada con sustento en factores subjetivos, como lo sería, por ejemplo, una escogencia fundada en motivaciones de orden político, cultural o racial. Y de otro lado, como una regla de conducta que exige las entidades estatales escoger al contratista que represente las condiciones más favorables, teniendo en consideración los factores de selección previamente definidos en el pliego de condiciones, así como los criterios de ponderación allí establecidos¹¹⁶.

De ahí que la jurisprudencia de esta Sección haya considerado que *"[...] las entidades estatales honrarán el principio de selección objetiva siempre que cumplan el deber legal de aplicar rigurosamente los criterios de selección y su respectiva ponderación, los cuales, a su vez, deben haber sido establecidos en forma clara,*

114 PALACIO JARAMILLO, MARÍA TERESA. Contratos Estatales Tomo I. Principio de Selección Objetiva. Grupo Editorial Ibáñez. Tomo I. Bogotá D.C. 2022 P. 382.

115 En este punto es del caso señalar que en el momento en que se adelantó el procedimiento de selección ya había entrado en vigencia la Ley 1882 de 2018, cuyo artículo 5 modificó el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 e incluyó los párrafos 3, 4 y 5 a la citada disposición normativa.

116 DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores. Bogotá D.C. 2016, P. 351.

*precisa y detallada en el pliego de condiciones; sólo de esta manera podrá elegirse la propuesta que, atendidos los fines que ella busca y obtenido el mayor puntaje de la aplicación estricta de tales factores, resulte ser la más favorable para la entidad"*¹¹⁷.

En el anterior sentido, la Sala precisa que el desconocimiento del deber de selección objetiva no solo se materializa cuando la entidad a cargo del procedimiento de selección se aparta de las reglas que incluyó en el pliego de condiciones para la escogencia del proponente que represente las condiciones más favorables, sino también cuando aplica en indebida forma las reglas que

confeccionó con el anotado propósito. Como es natural, en uno y otro caso habrá de estar demostrada una consecuencia adversa al interés público, que no es otra distinta a que la desatención en que incurra la entidad estatal –**sea apartarse de las reglas del pliego de condiciones o aplicarlas en forma indebida**– debe tener como consecuencia la selección de un oferente cuya propuesta no representó las condiciones más favorables para la satisfacción de la necesidad que motivó la apertura del proceso licitatorio.

Ahora bien, no puede dejarse de lado que la selección objetiva no es un deber que se predique de manera exclusiva y excluyente de la etapa de adjudicación del contrato. De hecho, su plena observancia implica adoptar medidas adecuadas desde la etapa misma de confección del pliego de condiciones, en el cual deben incorporarse requisitos razonables para la participación en el procedimiento de selección en función de la naturaleza del contrato que se pretenda suscribir, así como también factores de selección claros, justos, objetivos y completos que permitan una escogencia de la propuesta más favorable. En estos términos, resulta razonable entender que la observancia del deber de selección objetiva depende de una adecuada estructuración del negocio jurídico que se pretende celebrar, y, por supuesto, del sometimiento del procedimiento de selección a un conjunto de reglas que permitan una escogencia objetiva.

Lo hasta aquí expuesto permite a la Sala concluir que el deber de selección objetiva guarda estrecha relación con la satisfacción del interés general perseguido con la contratación estatal, en tanto delimita el camino de la gestión precontractual y, en dicho contexto, define la forma en que las entidades estatales deben escoger al contratista, con el propósito de asegurar las condiciones más favorables para satisfacer la necesidad específica que motiva la apertura del procedimiento de selección. En el mismo orden, debe anotarse que la plena observancia del deber de selección objetiva se erige como un instrumento o medio para la satisfacción de los principios de igualdad, transparencia y legalidad que deben ser acatados en la etapa precontractual, en la medida en que la observancia de los factores de selección establecidos en el pliego de condiciones evita escenarios de desviación o abuso de poder, al tiempo que asegura un tratamiento igualitario para los participantes en el procedimiento de selección.

No en vano la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que "[...] *el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás,*

117 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 26967.

*como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad"*¹¹⁸.

La evaluación económica adelantada por la CSNC y su incidencia en el resultado final del proceso licitatorio

En el proceso está demostrado que la CNSC abrió el procedimiento de licitación pública No. CNSC-LP-001, con el objeto de contratar la realización del concurso de méritos para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa de algunas entidades en los departamentos de Bolívar, Atlántico, La Guajira y Norte de Santander, desde la etapa de

verificación de requisitos mínimos, hasta la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles.

El pliego de condiciones del proceso licitatorio estableció los requisitos habilitantes para participar en el procedimiento de selección, así como también los factores ponderables conforme con los cuales debía escogerse al oferente que adelantaría el concurso de méritos para la provisión de las vacantes del sistema general de carrera administrativa. Entre los factores de selección incluidos en el pliego de condiciones figuraba el económico, el cual otorgaba una calificación máxima de 390 puntos al proponente que realizara el ofrecimiento más favorable de acuerdo con la aplicación del método de media geométrica con presupuesto oficial.

Como se indicó en el acápite anterior, la observancia del deber de selección objetiva en el contexto de la contratación estatal exige que la entidad a cargo del proceso de selección escoja al oferente que represente las condiciones más favorables, de acuerdo con la rigurosa aplicación de los criterios establecidos para factores de selección definidos en el pliego de condiciones. En el anterior orden, la evaluación del componente económico de los ofrecimientos en el caso objeto de estudio debía ser realizada de cara a las reglas que fueron establecidas en punto al método de media geométrica con presupuesto oficial, las cuales, como primera medida, exigían determinar la media geométrica teniendo en consideración el valor de los ofrecimientos económicos realizados por los proponentes que resultaron habilitados, así como también el valor del presupuesto oficial fijado en el pliego de condiciones.

De ahí que, en desarrollo de lo reglado, estos valores debían ser aplicados de cara a los elementos que integraban la fórmula para la determinación de la media geométrica, los cuales fueron detallados en el pliego de condiciones, así:

Donde,

118 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2012, exp. 21489.

- Gpo = Media geométrica con presupuesto oficial.*
- Nv = Número de veces que se incluye el presupuesto oficial (PO).*
- N = Número de propuestas válidas.*
- PO = Presupuesto oficial*
- Pn = Valor de la propuesta económica corregida del proponente.*

Posteriormente, una vez establecida la media geométrica, la entidad debía proceder al segundo y último paso que comprendía el método escogido para adelantar el análisis de comparación de los ofrecimientos en el componente económico, el cual consistía en asignar el puntaje a cada uno de los proponentes habilitados en función de la siguiente fórmula:

Donde,

Gpo = Media geométrica con presupuesto oficial.

Vi = Valor total corregido de cada una de las propuestas i. i = Número de propuestas.

PM = Puntaje máximo de evaluación económica.

En estos términos, resulta diáfano que la evaluación económica que debía realizar el comité asesor y evaluador designado en el proceso licitatorio, consistía en una operación aritmética que debía ser adelantada con rigurosa sujeción a cada uno de los elementos que integraban las fórmulas establecidas para el efecto, así como también con estricta fidelidad a la información que reportara cada una de las propuestas presentadas por los oferentes que resultaron habilitados. Ello, pues cualquier alteración en la aplicación de las reglas establecidas para el método de ponderación al que se ha hecho referencia, tenía la virtualidad de variar el resultado final del ejercicio de evaluación económica de los ofrecimientos y, con ello, el resultado final del proceso licitatorio.

Ahora bien, en el expediente obra el informe final de evaluación de las propuestas realizado por el comité asesor y evaluador designado por la CNSC, el cual fue publicado el 3 de abril de 2019. Esta prueba documental acredita que la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre fueron los oferentes que resultaron habilitados en el proceso licitatorio, por lo que el comité asesor y evaluador procedió a la calificación de sus ofrecimientos de acuerdo con los factores de ponderación establecidos en el pliego de condiciones, obteniendo el siguiente resultado en relación con aquellos factores de selección diferentes al económico:

En el marco de la etapa de evaluación final de las propuestas la CNSC también adelantó la evaluación del componente económico de los ofrecimientos. Al respecto, es del caso señalar que sobre este particular obran en el expediente *(i)* el memorando del 1 de abril de 2019 por medio del cual el comité asesor y evaluador financiero comunicó a la Oficina Jurídica de la CNSC el resultado de la evaluación económica, el cual arrojó un empate entre la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre; y *(ii)* el documento en el que consta el resultado de la evaluación económica adelantada por el comité asesor y evaluador financiero, el cual especificó el valor de la media geométrica con presupuesto oficial, el valor de los ofrecimientos realizados por los proponentes habilitados, la diferencia que cada ofrecimiento económico representó respecto de la media geométrica, y la calificación asignada a cada uno de los oferentes, la cual ascendió a 389.98 puntos.

Al respecto, conviene advertir que los documentos que fueron allegados al expediente no demuestran la forma en que el comité asesor y evaluador financiero dio aplicación a la fórmula establecida en el pliego de condiciones para determinar la media geométrica, ni mucho menos la forma en que aplicó la fórmula establecida para asignar el puntaje por concepto del factor económico. Tal y como se desprende de lo que viene de señalarse, los documentos que se refieren a la evaluación económica de los ofrecimientos dan cuenta del resultado del ejercicio comparativo, más no del proceso adelantado para arribar al resultado que dio lugar al empate entre la Fundación Universitaria del Área Andina y la Universidad Libre. De ahí que el ejercicio probatorio en este caso se viera enfrentado a una dificultad mayor, en tanto la información suministrada en el procedimiento licitatorio impedía detectar el error específico en que incurrió la entidad demandada en el proceso de evaluación del componente económico de las propuestas.

Pese a lo anterior, la Sala considera que los medios probatorios que obran en el expediente demuestran que el resultado final del procedimiento licitatorio No. CNSC-LP-001 se vio alterado como consecuencia de un error en la evaluación del componente económico de los ofrecimientos. En efecto, en el proceso está probado que el comité asesor y evaluador designado por la CNSC erró en la aplicación de la fórmula establecida para la ponderación de los ofrecimientos de cara al método de media geométrica con presupuesto oficial, así como también que esa irregularidad incidió de manera particular y concreta en el resultado final del proceso licitatorio. De hecho, está acreditado que, de haber aplicado de manera adecuada la fórmula

establecida para la ponderación de los ofrecimientos, la Fundación Universitaria del Área Andina habría resultado adjudicataria en el marco del proceso licitatorio.

Como sustento de lo expuesto, la Sala debe empezar por indicar que al proceso fue allegada la ficha técnica de presentación de casos para estudio de la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, por medio de la cual Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, en su calidad de miembro del comité asesor y evaluador designado dentro del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001, solicitó autorización para iniciar las gestiones tendientes para la revocatoria directa del acto administrativo de adjudicación, o para iniciar un proceso de nulidad en el que se solicitaran medidas cautelares de urgencia con el propósito de retrotraer la actuación a la audiencia de adjudicación. Las razones que justificaron esta solicitud, fueron las siguientes:

"[...] **DÉCIMO QUINTO:** El 4 de abril de 2019 el Comité Asesor y Evaluador encontró una inconsistencia en la hoja de cálculo utilizada para determinar el puntaje de la evaluación económica, en consecuencia, el resultado de la evaluación quedaría de la siguiente manera:

DÉCIMO SÉPTIMO: Teniendo en cuenta que el resultado de la evaluación modifica el proponente adjudicatario, los miembros del Comité Asesor y Evaluador, recomiendan a la Sala Plena de la COMISIÓN, autorizar los trámites pertinentes para: **1) la revocatoria del acto administrativo de adjudicación contenido en la Resolución No. 20191400021505 del 3 de abril de 2019, siempre que la Universidad Libre otorgue su consentimiento en los términos previstos por el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), o 2) proceder en caso contrario con el medio de control de nulidad con solicitud de medidas cautelares de urgencia, para regresar la actuación a la audiencia de adjudicación".**

En este punto la Sala destaca que el contenido de la prueba documental anteriormente referenciada guarda congruencia con lo relatado por el testigo Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CNSC al momento en que se adelantó el proceso licitatorio. Es así como, en su declaración reconoció que el comité asesor y evaluador designado en el proceso licitatorio incurrió en un error en el proceso de evaluación del componente económico de los ofrecimientos, lo que, inclusive, condujo a la necesidad de solicitar a la Universidad Libre su consentimiento para la revocatoria directa del acto administrativo de adjudicación. Sobre este particular, el testigo relató lo siguiente:

"[...]El error finalmente fue que el equipo técnico que hizo la evaluación económica había puesto o un doble paréntesis o había quitado un paréntesis, pero la cuestión

es de un paréntesis. [...] Al día siguiente me fue informada de esa situación, analizamos la situación, puse de presente a los comisionados, en la sala de comisionados. Escuchamos al equipo técnico, el equipo técnico explicó en qué consistió el error, y pues nosotros de todos modos fuimos y nos comunicamos con la Universidad Libre para pedirle el consentimiento para la revocatoria del acto de adjudicación. La Universidad Libre nos dijo con total contundencia que el acto de adjudicación es irrevocable, y además no están dados los presupuestos del artículo 9 de la ley 1150 del 2007. No se pudo revocar porque no tenía el consentimiento del beneficiario del acto de adjudicación, y entonces pues lo procedente fue ejecutar el contrato. Tiempo después llegó una solicitud de revocatoria de la Fundación Universitaria del Área Andina, donde, y hay que decirlo también su señoría, porque ellos ni siquiera en la solicitud de revocatoria sabían qué era lo que había sucedido. El error que fue y seguramente los técnicos podrán explicárselo, fue un paréntesis al correr la fórmula económica, pero ni siquiera la Fundación Universitaria del Área Andina, cuando pidió la revocatoria, lo pidió".

En el mismo sentido, el contenido de la prueba documental a la que se ha hecho referencia guarda coherencia con lo relatado por la testigo Olga Yurani Rodríguez Otero, quien conoció los pormenores de la evaluación del componente económico de los ofrecimientos porque integró el comité asesor y evaluador financiero designado dentro del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001. Al punto, la testigo Rodríguez Otero declaró que la fórmula matemática para la ponderación de los ofrecimientos fue aplicada con la ayuda de un archivo de Excel, y que el resultado de esa evaluación fue presentado en el trámite de la audiencia de adjudicación, punto en el cual destacó que los participantes en el proceso licitatorio no formularon observaciones en relación con el resultado de la operación. La señora Rodríguez Otero agregó que solo después de la audiencia de adjudicación se alegó un error en la evaluación económica, lo que corroboró la entidad luego de revisar minuciosamente el proceso de aplicación de la fórmula por la vía del archivo de Excel, según se aprecia a continuación:

*"Al día siguiente, la oficina jurídica nos informa que llegó una solicitud de verificación, sobre la aplicación de la fórmula, sin embargo, una vez se revisó, pues la solicitud, nunca se evidenció [...] de pronto algún error. Efectivamente, volvíamos a revisar y no encontrábamos. Lo que optamos, pues, ya como comité fue entrar a verificar uno a uno todos los pasos, para toda la determinación. Obviamente también se realizó la verificación de la propuesta económica de cada una de las ofertas para verificar si había algún error también desde ese documento, que era un anexo a la licitación. Y se procedió a verificar una a una las fórmulas que se debían establecer. Se revisó, se volvió a revisar. Lo que optamos también fue por entrar a generarla paso a paso para verificar todas las agrupaciones. **En ese momento, pues, nos dimos cuenta que se presentó un percance con un paréntesis. La verdad, pues, en este momento no sabría decir en qué momento se pudo presentar alguna condición con el paréntesis. Pero posteriormente, una vez se realizó el detalle de toda la fórmula, una vez se realizó paso a paso, todo por separado, pues se pudo identificar**".*

Posteriormente, al ser consultada sobre las implicaciones que el error advertido tuvo en el resultado de la evaluación de los ofrecimientos, la señora Rodríguez Otero respondió que *"afectaba la jerarquía de las operaciones matemáticas. [...] Modificaba el resultado, cambiaba el resultado de la fórmula matemática. [...] En el tema de la evaluación económica como tal, cambiaba el resultado. Ya pues recordemos que el puntaje de la licitación es una sumatoria de varios puntajes que se dan también por otros comités. En este caso, para la evaluación económica*

específicamente cambiaba el resultado". En el mismo orden, al ser cuestionada sobre el oferente que habría obtenido el mayor puntaje en el factor económico en caso de que la fórmula matemática hubiere sido aplicada en debida forma, la testigo respondió que la Fundación Universitaria del Área Andina habría obtenido el mayor puntaje en ese hipotético escenario.

En igual medida, cabe destacar que lo hasta aquí anotado resulta congruente con el contenido de la Resolución No. CNSC – 20191400023225 del 10 de abril de 2019, por medio de la cual la entidad accionada rechazó la solicitud de revocatoria directa del acto administrativo de adjudicación impetrada por la Fundación Universitaria del Área Andina. En efecto, en dicho acto administrativo la CNSC reconoció expresamente que el error en que incurrió al aplicar la fórmula de ponderación de los ofrecimientos relativa al método de media geométrica con presupuesto oficial, al paso que precisó que dicho error consistió en la omisión de un paréntesis que afectó la jerarquía de las operaciones. Si bien no accedió a la revocatoria directa del acto administrativo demandado, lo cierto es que ello obedeció a que, en su criterio, el error en la evaluación de los ofrecimientos no era causal de revocatoria directa según lo previsto en los artículos 9 de la Ley 1150 de 2007 y 93 del CPACA, lo que descartaba la posibilidad de revocar el acto administrativo de adjudicación.

De otra parte, la Sala destaca el testimonio de testigo Juan Carlos Sarmiento Núñez, quien conoció los pormenores del proceso licitatorio desde otra óptica, al integrar el grupo que elaboró la propuesta que la Fundación Universitaria del Área Andina presentó en el marco del proceso licitatorio. Así pues, cabe señalar que el señor Sarmiento Núñez se refirió a las inconsistencias o irregularidades que se materializaron en punto a la evaluación del componente económico de los ofrecimientos, frente a lo cual relató que en el trámite de la audiencia de adjudicación advirtió que la fórmula "*no le estaba dando*", así como también que no era posible un empate en el componente económico en tanto el valor de los ofrecimientos formulados eran diferentes. Sobre este particular, el testigo declaró lo siguiente:

"[...] Cuando revisamos los documentos o cuando yo los revisé, encontré que la fórmula, como estaba aplicada, no era de forma correcta. En algún momento manifesté a la comisión que la fórmula no me estaba dando. Pero pues, como no nos habían dado, digamos que la palabra, pues digamos que no se prestó atención a lo que comenté. Pero en la audiencia yo manifesté que la fórmula no me daba. [...] Sí, la fórmula fue media geométrica con presupuesto oficial. Toda vez que habíamos [sic] dos universidades que estábamos acreditadas para continuar el proceso, se aplicaba al presupuesto oficial una vez, más la propuesta de la Libre y la propuesta de nosotros. No podía dar empate toda vez que los valores ofertados por cada una de las universidades eran diferentes. [...] En nuestro caso, la oferta era por un valor superior, como en 20 y pico de millones, y en la de la libre era por menos, contra la media geométrica de menos 60 millones, algo así. Entonces, pues digamos que, a todas luces, en fórmulas matemáticas, salvo que tuviéramos el mismo valor económico las dos universidades, podría haber un empate. En caso contrario, no podía haber ningún empate. Eso es, digamos que, a grandes rasgos, lo que sucedía, hay una diferencia marcada en las propuestas, lo cual no permite que haya empate ni con décimas, ni en la parte entera ni en las decimales de la fórmula aplicada, en este caso, pues, medida geométrica con presupuesto oficial".

En el mismo sentido, vale la pena resaltar que el señor Jorge Andrés Castañeda Correal, quien, en su condición de asesor jurídico de proyectos de la Fundación Universitaria del Área Andina participó en la confección del ofrecimiento que la

institución educativa presentó en el curso del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001, afirmó que en el curso de la audiencia de adjudicación los representantes de la institución educativa advirtieron el error en que incurrió la entidad accionada, el cual, en su criterio, era perceptible a simple vista dado que era imposible que ofertas económicas con valores diferentes resultaran empatadas en el puntaje asignado por concepto del factor económico. Adicionalmente, refirió que el error fue puesto en conocimiento del director de la audiencia de adjudicación, pese a lo cual la CNSC decidió omitirlo y seguir adelante con la adjudicación. El testigo se refirió a las circunstancias anotadas, en los siguientes términos:

"[...] evidenciamos dentro de la audiencia que había un error en la fórmula aplicada, en la fórmula matemática aplicada para la evaluación económica, cosa que evidentemente era, pues, un error gravísimo, toda vez que yo creo que en el derecho y en la matemática hay algo que es la lógica y es que si hay dos valores diferentes y se les aplica una misma fórmula, no puede dar igual. Eso yo creo que es lógico. Entonces, se aplica esa fórmula y sale un empate, que realmente no se sabe de dónde se obtuvo. Al tratar de avisar ello, la persona que dirigía la audiencia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil [...] no dejó hacer uso de la palabra, ni siquiera tuvo en cuenta las observaciones que se le hacían de una manera educada [...] y siguió adelante con el error [...] hay varias cosas ahí que hay que decir. Primero, se entrega un tiempo absolutamente mínimo para usted evaluar todas las formulaciones matemáticas que presenta una licitación de este tipo. Al

nosotros hacer esa comprobación matemática en una fórmula que en el pliego puede demostrarse que es bastante compleja, evidenciamos que con la nueva evaluación, evidentemente, jamás había un empate. Reitero el tema de la lógica matemática, ante números diferentes aplicada la misma fórmula jamás va a dar igual. Eso creo que es lógico y creo que todos los que estamos acá lo sabemos. Nosotros al comprobar la fórmula y reitero ante la rapidez que quería llevarse el manejo de la licitación, de la audiencia de licitación, nosotros manifestamos que la fórmula no daba. En ese momento, Juan Carlos Sarmiento, quien se encontraba en la audiencia, manifiesta la fórmula no está dando. Lo que hace esta persona que dirigía el proceso es ignorar totalmente y continuar con la audiencia. [...]"

La Sala otorga credibilidad a los testigos mencionados, pues conocieron de primera mano los pormenores del proceso licitatorio y sus declaraciones son consistentes y coherentes con el material probatorio allegado al proceso de la referencia, en relación con la evaluación del componente económico de los ofrecimientos y el yerro en que incurrió el comité asesor y evaluador designado por la CNSC en la aplicación la fórmula establecida para la ponderación de los ofrecimientos.

Vistas así las cosas, a partir de la valoración integral de las pruebas documentales y testimoniales que fueron practicadas en el expediente, la Sala estima que en el caso concreto está demostrado que la CNSC erró en la evaluación del componente económico de los ofrecimientos, así como también que esa irregularidad repercutió en el resultado final del proceso licitatorio en perjuicio de la Fundación Universitaria del Área Andina. En lo que respecta a lo primero, las pruebas testimoniales y documentales acreditan con contundencia que la CNSC erró al aplicar la fórmula establecida para la ponderación de los ofrecimientos bajo el método de media geométrica con presupuesto oficial, lo que aconteció por haber omitido uno de los paréntesis que integraba esa fórmula en la hoja de cálculo que utilizó para adelantar el proceso de evaluación de las propuestas. De ahí que resulte desatinado que el Tribunal hubiere concluido que en el proceso no estaba demostrado en qué consistió el error cometido por la entidad accionada, pues, tal y como acaba de ser

referido, los medios probatorios allegados al proceso, inclusive, por la misma entidad demandada, lo acreditan con contundencia.

De otra parte, en lo que respecta a las repercusiones que el error comportó en el procedimiento administrativo, está igualmente demostrado que la irregularidad advertida en el proceso de evaluación económica de las propuestas frustró la escogencia de la Fundación Universitaria del Área Andina como adjudicataria en el marco del proceso licitatorio. En efecto, las pruebas documentales y testimoniales que fueron practicadas en el proceso acreditan que la adecuada aplicación de la fórmula de ponderación no solo habría reportado que el ofrecimiento de la demandante era el más favorable desde el punto de vista económico, sino también que la demandante habría ocupado el primer lugar en el orden de elegibilidad, lo que le otorgaba el derecho a celebrar y ejecutar el contrato para la realización del concurso de méritos para la provisión de vacantes del sistema general de carrera administrativa.

Todo lo anterior está probado a tal punto, que el mismo comité asesor y evaluador de las propuestas solicitó autorización a la Sala Plena de Comisionados para revocar directamente el acto administrativo de adjudicación o para demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual fue sustentado en el hecho de que el error cometido en el proceso de evaluación de los ofrecimientos alteró el orden de elegibilidad de los oferentes en detrimento de la Fundación Universitaria del Área Andina. De hecho, la ficha técnica en la que se consignó esa solicitud da cuenta del puntaje que habría resultado de la adecuada evaluación de los

ofrecimientos, según se aprecia a continuación:

En suma, la Sala concluye que de haberse desarrollado en debida forma el proceso de evaluación del componente económico de los ofrecimientos la demandante habría resultado adjudicataria dentro del marco del proceso licitatorio. Bajo este contexto, en el caso objeto de estudio está demostrado que el error en el que incurrió la entidad demandada alteró la comparación real de las ofertas, vulneró los

principios de transparencia¹¹⁹ y legalidad¹²⁰ y, además, comportó el desconocimiento del deber de selección objetiva que gobierna la etapa de la formación del contrato estatal. Como es natural, el error en que incurrió la CNSC también evidencia que el acto administrativo de adjudicación está viciado de nulidad por falsa motivación, en tanto dicho acto tuvo fundamento en un empate en el puntaje asignado a los proponentes habilitados que, según ha quedado acreditado, era ajeno a la realidad.

De ahí que la Sala estime que la irregularidad advertida constituye una circunstancia que invalida la Resolución No. CNSC – 20191400021505 del 3 de abril de 2019, por medio de la cual adjudicó a la Universidad Libre el contrato para la realización del concurso de méritos, pues la entidad llevó a cabo la escogencia del contratista sin apego a las reglas y condiciones que estableció en el pliego de condiciones para realizar, en igualdad de condiciones, la evaluación y comparación de las ofertas y, con ello, la selección de la oferta más favorable a los fines de la contratación. No se trató, por tanto, de una irregularidad meramente formal, insustancial o de poca monta, sino de la inobservancia de un aspecto esencial, en la medida en que materializaba la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofreciera las condiciones más favorables para los fines que perseguía la Administración Pública.

119 *"El artículo 24 del Estatuto General Contratación de la Administración Pública desarrolla el principio de transparencia, el cual se manifiesta de varias formas: i) en el deber de publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la Administración; ii) en el derecho de contradicción que quienes participan en el proceso de contratación; iii) en la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos objetivos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, salvo las excepciones legales [...] En definitiva, el principio de transparencia, actúa como garantía de otros principios de la contratación estatal, por ello su finalidad es, entre otras, asegurar que se lleven a cabo procesos de selección objetivos, que la Administración tome decisiones motivadas que se hagan públicas y que puedan ser controvertidas por los interesados".* Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Rad.: 39005

120 Sobre el principio de legalidad esta Corporación se ha pronunciado en numerosas oportunidades resaltando que tiene plena aplicación en materia de contratación estatal. Así, por ejemplo, en sentencia del 3 de diciembre de 2007, esta Sección señaló: *"El principio de legalidad fundante del Estado Social de Derecho, tiene un mayúsculo valor normativo que irradia la convivencia dentro del orden social, pues, a la vez que sujeta las situaciones y relaciones al imperio jurídico y a la obediencia del derecho, define la órbita de responsabilidad de las personas y, por ende, tiene connotaciones sustantivas para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, habida cuenta que en tanto los administrados pueden hacer todo aquello que no les está prohibido por el orden jurídico, las autoridades únicamente pueden hacer lo que les está legalmente permitido y autorizado. Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado –y la contratación lo es– se rige por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos solo*

pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política.

En efecto, la Corporación ha manifestado que dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control de poder público, implica que cada funcionario detenta, le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y, por lo mismo, defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer condiciones igualitarias y equitativas entre este y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario⁴⁷, razones que tienen plena aplicación en materia de contratación estatal [...]". Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Rad.: 24715; 25206; 25409; 24524; 27834; 25410; 26105; 28244; 31447(acumulados). Cfr.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010, Rad.: 1992.

En este punto, la Sala llama la atención sobre el hecho de que el Tribunal hubiere echado de menos un dictamen pericial que demostrara en qué consistió el error en que incurrió la entidad demandada, pese al abundante material probatorio documental, coincidente con la prueba testimonial, que demostraba tal circunstancia. Aun cuando esta Subsección reconoce que en el caso concreto el dictamen pericial es un medio probatorio que habría reportado innegable utilidad a la hora de estudiar la evaluación económica realizada por la CNSC, lo cierto es que en el expediente obran otras pruebas que contribuyeron con creces al esclarecimiento de los hechos objeto de litigio, lo que hacía manifiestamente innecesario echar de menos una prueba pericial en el caso concreto.

Sobre este particular no debe perderse de vista que, conforme a los artículos 165¹²¹ y 176¹²² del CGP – *aplicables por remisión del artículo 306 del CPACA* –, las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba para acreditar la razón de su dicho. El juez, por su parte, deberá apreciar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y exponer, de forma razonada, el mérito que le otorga a cada medio de prueba en el que funda la decisión judicial. En desarrollo de lo anterior, resulta de especial relevancia recordar que, tal y como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, "[...] el Código General del Proceso se rige por el postulado del libre raciocinio judicial para la asignación del mérito de las probanzas que se llevan a los juicios, lo que se concluye del tenor literal de su canon 176, cuya redacción dispuso que «[l]as pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica». Dicho pilar significa, por una parte, que el juzgador cuenta con plena autonomía para valorar las evidencias adosadas dejando de lado la estimación anticipada que en otros tiempos impuso el legislador (tarifa legal) y, por otra, que debe sopesar toda la información que las partes aduzcan al proceso, en virtud del principio de libertad de la prueba materializado en el artículo 165 *ibidem*, del cual se extrae la facultad de uso de los 9 medios probatorios regulados y «cualesquiera otros (...) que sean útiles para la formación del convencimiento del juez»¹²³.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en una indebida valoración probatoria, la cual se configura, entre otros supuestos, cuando el juez se aparta de las pruebas obrantes en el expediente y decide el asunto sometido a su conocimiento con prescindencia de ellas¹²⁴. En el caso concreto, esta conclusión se sustenta en que el Tribunal, sin justificación razonable, se distanció del abundante material probatorio

documental

121 "ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales".

122 "ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

123 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC7722-2021 del 24 de junio de 2021, Radicación nº 11001-02-03-000-2021-01718-00.

124 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-190 de 2018, expedientes T-6.288.636 y T-6.310.530 AC.

y testimonial que respaldaba la tesis planteada en la demanda y optó por considerar que no estaba demostrado el error en que incurrió CNSC, para lo cual echó de menos la práctica de un dictamen pericial. Particularmente, se advierte que la valoración probatoria efectuada por el a quo no tuvo en cuenta el contenido de los testimonios practicados en el proceso, los cuales, apreciados conjuntamente con las pruebas documentales allegadas, conducían a la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado por las razones expuestas.

Si bien no se desconoce que un dictamen pericial habría podido aportar elementos técnicos adicionales al análisis de la evaluación económica, su ausencia no desvirtúa la solidez del acervo probatorio recaudado, el cual, valorado en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo normado en el artículo

167 del CGP, permite tener por plenamente demostrado tanto el error en la evaluación del componente económico de los ofrecimientos como su incidencia concreta en el resultado del proceso licitatorio, sin que la práctica de dicha prueba resultara indispensable para arribar a esta conclusión. Aunque el juez cuenta con un amplio margen para la apreciación de la prueba, ello no lo habilita para desconocer los elementos probatorios determinantes que obran en el proceso, especialmente cuando resultan decisivos para el esclarecimiento de los hechos objeto de controversia.

Por último, la Sala no pasa por alto que en la demanda y en los alegatos de conclusión, así como en algunos de los testimonios que se practicaron en el proceso, se afirmó que en la parte inicial de la audiencia de adjudicación el comité asesor y evaluador entregó un informe final de evaluación que daba como ganador a la demandante, el cual fue retirado de forma abrupta. De hecho, en el desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el 3 de noviembre de 2021 el apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina exhibió el documento al que se ha hecho referencia para que el testigo Jorge Andrés Castañeda Correal lo reconociera, lo cual hizo de manera contundente.

Con todo, la Sala destaca que, aunque el documento al que se ha hecho referencia obra en el expediente¹²⁵, lo cierto es que el mismo no fue allegado dentro de las oportunidades procesales establecidas en el artículo 212¹²⁶ del CPACA, esto es, con la demanda, su reforma o al descender el traslado de las excepciones¹²⁷, por lo que no será valorado. Adicionalmente, el archivo que

contiene el registro de audio y video de la audiencia de adjudicación no da cuenta de la circunstancia descrita en los anteriores términos, esto es, de la presentación o entrega de un primer informe

125 CD – fl 66, cuaderno principal, archivo denominado "62_250002336000201900682003RECIBEMEMORIAL20211102165217_TCDescargaTotalItem133076434051839377.PDF".

126 *"ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenición y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada. [...]".

127 En este punto la Sala destaca que el documento solo fue allegado al expediente mediante correo electrónico del 2 de noviembre de 2021, esto es, un día antes de que se reanudara la audiencia de pruebas.

de evaluación que luego hubiere sido retirado o sustituido por otro. Al margen de lo expuesto, se advierte que en el recurso de apelación la parte accionante refirió la circunstancia a la que se ha hecho referencia como un hecho indicador del error en que incurrió la entidad accionada, lo que, en criterio de la Sala quedó demostrado con contundencia a partir de las pruebas que han sido referenciadas en este acápite.

1. La formulación de observaciones en el trámite del proceso licitatorio

De acuerdo con lo establecido en los artículos 5¹²⁸ y 28¹²⁹ de la Ley 80 de 1993, los oferentes que participan en un procedimiento de selección tienen la carga de ajustar su comportamiento a los postulados de la buena fe que se predica de la etapa de formación del contrato estatal. En desarrollo de este precepto, la jurisprudencia¹³⁰ de esta Sección ha considerado que los participantes en el proceso de selección no solo deben presentar información suficiente, verídica y confiable con su propuesta y contribuir activamente en la construcción de los documentos que le sirven de sustento al proceso de selección, sino también participar activamente en las decisiones que se adopten durante el curso del procedimiento administrativo.

En desarrollo de lo anterior, se ha considerado que la materialización del deber de buena fe en la etapa previa a la suscripción del contrato estatal supone, entre otros aspectos, que quien se proyecta como futuro colaborador del Estado en la consecución de sus fines advierta las imprecisiones e inconsistencias acaecidas durante el agotamiento de las etapas del proceso de selección, con el fin de corregir la actuación que es adelantada de manera indebida y, de este modo, evitar que la

128 *ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización*

de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: [...] 2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse".

129 "ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la

interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".

130 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de julio de 2023, exp. 69280. En esta providencia, la Corporación sostuvo lo siguiente: "*La observancia de este principio en la fase prenegocial [se refiere al principio de la buena fe] que, a su turno, desarrolla postulados de rectitud, probidad y lealtad, desde la perspectiva del aspirante a presentar una propuesta que culmine con la celebración de un contrato con el Estado, se cristaliza, no solo con la presentación de información suficiente, verídica y confiable en su propuesta o en la colaboración, a partir de su expertise, en la corrección o advertencia sobre imprecisiones técnicas o financieras en las que pudo haber incurrido la Administración al realizar los estudios previos en que se fundamentó el procedimiento de selección, en la confección de los pliegos regentes de la escogencia y que eventualmente podrían impactar negativamente la cabal y eficiente ejecución del contrato proyectado.*

Este principio también se materializa en la fase de comunicación que tiene lugar durante el procedimiento de selección. Se concreta en la publicación que la entidad realiza de sus actuaciones y decisiones precontractuales y en la conducta activa que los aspirantes observan frente a esa dinámica, la que puede consistir en la formulación de inquietudes, observaciones, solicitudes de aclaración o la manifestación de reparos que puedan surgir respecto del conjunto de documentos que se suscriban o las decisiones que se adopten y sean dadas a conocer a lo largo de la etapa previa a la formación del negocio jurídico".

elección adolezca de vicios que puedan comprometer su validez¹³¹. De ahí que resulte inadmisibles que "[...] quien avizora la ocurrencia de una irregularidad en las etapas de la licitación guarde silencio en la oportunidad procedente y solo venga a alegarla cuando de allí surjan y se concreten consecuencias nocivas en desfavor suyo, como por ejemplo lo sería la frustración de la expectativa de que su oferta resulte seleccionada"¹³².

En el anterior orden, la Sala precisa que en los casos de responsabilidad precontractual del Estado el juez habrá de desestimar las pretensiones formuladas por el oferente vencido que, habiendo conocido una irregularidad en el curso del procedimiento de selección, no la hubiere alegado oportunamente con el objeto de que la Administración Pública pudiera corregir su actuación. Como es natural, para que esta regla jurisprudencial tenga una adecuada aplicación práctica el juez habrá de analizar la conducta del oferente vencido en cada caso, lo que necesariamente impone considerar que no toda desatención a los deberes que derivan del principio de buena fe imponga adoptar, de manera automática, una decisión desfavorable a los intereses del oferente que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a reclamar los perjuicios sufridos como consecuencia de la indebida adjudicación del contrato estatal.

Pues bien, en el caso concreto tanto la CSNC, como la Universidad Libre, afirmaron que la Fundación Universitaria del Área Andina no formuló observaciones en relación con la evaluación económica realizada en el marco del proceso licitatorio, lo que, en su concepto, debía conducir a desestimar las pretensiones de la demanda. En este punto la CNSC agregó que **pretender objetar de manera indefinida un informe de evaluación vulneraba la seguridad jurídica, así como también comportaba el desconocimiento del carácter preclusivo y perentorio de las etapas procesales que integran el procedimiento de selección.**

Dicho lo anterior, para efectos de resolver este planteamiento, la Sala debe empezar por recordar que en el proceso está demostrado que en el curso de la audiencia de adjudicación el apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina radicó un poder sin nota de presentación personal, lo que motivó la decisión de negarle el reconocimiento de personería jurídica para representar a la institución educativa que hoy funge como demandante. Como es obvio, esta circunstancia privó al apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina de participar en el desarrollo de la audiencia de adjudicación y, por contera, de presentar observaciones frente al informe final de evaluación de las propuestas dentro de la oportunidad que fue reconocida para el efecto en el desarrollo de la audiencia de adjudicación.

En el anterior orden, no cabe duda de que la Fundación Universitaria del Área Andina no formuló observaciones en relación con la evaluación del componente económico de los ofrecimientos, dentro de la oportunidad prevista para el efecto en la audiencia de adjudicación. Con todo, lo cierto es que ello no obedeció al capricho o desatención de la institución educativa demandante, sino a una decisión administrativa de la CNSC que la privó de ejercer su derecho a observar. En ese sentido, mal podría considerarse que la Fundación Universitaria del Área Andina

132 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de julio de 2023, exp. 69280.

hubiere faltado a los postulados del deber de buena fe que se predica de la etapa precontractual, pues, si bien es cierto no denunció las irregularidades en punto a la evaluación de los ofrecimientos en el marco del proceso licitatorio, tal conducta pasiva se originó en una decisión de la propia entidad demandada que le impidió ejercer su derecho a participar en el trámite de la diligencia de adjudicación.

En este punto vale la pena agregar que aun cuando esta decisión hubiere estado fundada en derecho o no, la Sala estima que no pueden aplicarse los efectos adversos que derivan de la regla jurisprudencial a la que se ha hecho referencia a quien no pudo ventilar una inconformidad por un factor externo. Al efecto, vale la pena reiterar que dicha regla reprocha la conducta del oferente que, habiendo conocido la irregularidad o inconsistencia presentada en el curso del proceso de selección, se abstuvo de ponerla de presente sin justificación alguna. De ahí que lo ocurrido en el caso concreto difiera de aquellos casos en los que el desconocimiento de los postulados del deber de buena fe en la etapa precontractual torna inadmisibles una reclamación judicial.

Al margen de todo lo anterior, en el expediente está demostrado que quienes comparecieron a la audiencia de adjudicación en representación de la Fundación Universitaria del Área Andina, formularon comentarios en relación con la aplicación de la fórmula establecida para la ponderación de los ofrecimientos en el componente económico. En efecto, el archivo que contiene el registro de audio y video de esta diligencia demuestra que durante el espacio otorgado para que los participantes analizaran el informe final de evaluación de las propuestas, uno de los representantes de la demandante puso de presente que la fórmula matemática "*no le estaba cuadrando*", al tiempo que indicó que "*los puntos de la oferta económica no nos cuadran*".

Para esta Subsección, estas afirmaciones resultaban suficientes para alertar a la CNSC sobre un posible error en el proceso de evaluación del componente económico de los ofrecimientos, sin que fuera necesario que los representantes de la demandante detallaran con precisión el error en que incurrió la entidad. Al punto, cabe recordar que el informe final de evaluación de las propuestas, que fue socializado en el desarrollo de la audiencia de adjudicación, no da cuenta de la forma en que el comité asesor y evaluador financiero dio aplicación a la fórmula establecida en el pliego de condiciones para determinar la media geométrica con presupuesto oficial, ni mucho menos la forma en que aplicó la fórmula establecida para asignar el puntaje por concepto del factor de selección económica. De ahí que exigir una explicación detallada sobre el error en que incurrió la entidad hubiere resultado a todas luces desproporcionado.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que aun cuando la observación sobre este particular hubiere sido formulada por fuera de la

oportunidad otorgada para presentar observaciones al informe final, lo cierto es que en cualquier caso cumplió su finalidad, que no era otra distinta a alertar a la entidad accionada sobre un posible error en el proceso de evaluación del componente económico de los ofrecimientos. De allí que en aplicación de los postulados de la buena fe que se predicen de la etapa de formación del contrato estatal, la entidad demandada debió haber adelantado las revisiones pertinentes para efectos de descartar cualquier error en la evaluación económica de los ofrecimientos, lo que además resultaba considerable si se tiene en cuenta que era poco razonable, o por lo menos

sospechoso a simple vista, que la aplicación del método escogido para la comparación de los ofrecimientos económicos arrojara un resultado de empate, pese que los ofrecimientos económicos tenían un valor sustancialmente diferente.

De otra parte, la Sala no pasa por alto que, mediante escrito del 4 de abril de 2019, la Fundación Universitaria del Área Andina presentó ante la CNSC solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. CNSC – 20191400021505 del 3 de abril de 2019, por medio de la cual se adjudicó el contrato a la Universidad Libre. Para justificar esta solicitud, la institución educativa sostuvo que la entidad accionada incurrió en un error en la aplicación de la fórmula matemática establecida para el método escogido para la comparación de los ofrecimientos en el componente económico, lo que puso de presente al comité asesor y evaluador en el trámite de la audiencia de adjudicación, aunque no se le hubiere reconocido personería jurídica a su apoderado.

Por consiguiente, la Sala concluye que la Fundación Universitaria del Área Andina observó de manera diligente, transparente y leal el deber de buena fe que le asistía en la etapa precontractual, en cuanto desplegó una conducta orientada a prevenir la consolidación de vicios en el procedimiento de selección. En efecto: **(i)** puso de presente, en el marco de la audiencia de adjudicación, que la ponderación del componente económico arrojaba un resultado que "*no cuadraba*" y que el puntaje asignado no se correspondía con los valores ofertados; y **(ii)** insistió en dicha inconformidad mediante la solicitud de revocatoria directa formulada el 4 de abril de 2019. Tales actuaciones satisfacen la carga jurisprudencial de advertir oportunamente las irregularidades advertidas, sin que resultara exigible una explicación técnica detallada del yerro, máxime cuando el informe final de evaluación no explicó el desarrollo matemático aplicado por el comité evaluador, de manera que la demandante carecía de los elementos necesarios para individualizar con precisión el punto exacto de la equivocación.

En contraste, la CNSC, como entidad responsable de conducir el procedimiento y de garantizar la selección objetiva, no podía limitarse a mantener incólume el resultado del informe final frente a una alerta que, además de provenir de un proponente, se apoyaba en un indicio evidente: la aparente configuración de un empate en el puntaje económico pese a que los ofrecimientos tenían valores sustancialmente

diferentes. Ese dato, apreciable *prima facie*, imponía a la entidad el deber mínimo de verificación y control de consistencia del ejercicio de evaluación, en especial por tratarse de un factor definitorio en la comparación de propuestas. La inactividad de la CNSC, en ese escenario, no solo privó de eficacia al espacio de observaciones propio de la etapa precontractual, sino que permitió que una eventual inconsistencia técnica se tradujera en un resultado decisorio -la aplicación de criterios de desempate- con aptitud para determinar el sentido de la adjudicación.

De este modo, la omisión de la entidad de adelantar las revisiones necesarias para descartar el error advertido trasciende una simple cuestión instrumental y adquiere relevancia jurídica directa, en la medida en que compromete la regularidad del proceso de evaluación y, por esa vía, la validez del acto administrativo de adjudicación. En últimas, al no verificar una inconsistencia objetivamente verificable y razonablemente llamativa, la entidad dejó de asegurar que la comparación de las ofertas se hubiera realizado conforme a la fórmula prevista en el pliego de condiciones, circunstancia que afecta la legalidad de la decisión adoptada y refuerza

la conclusión según la cual la institución educativa demandante no puede ser afectada por la regla jurisprudencial que sanciona el silencio injustificado del oferente vencido, puesto que su conducta fue activa y encaminada a propiciar la corrección oportuna de la actuación administrativa.

2. **El restablecimiento del derecho en el caso concreto y la indemnización de perjuicios reclamados por la parte accionante**

La jurisprudencia¹³³ de esta Subsección ha considerado, de manera pacífica, que la procedencia del restablecimiento del derecho en este tipo de casos está supeditada a que el demandante demuestre que su propuesta era la más favorable para la entidad, a tal punto que habría resultado adjudicatario del contrato estatal. Igualmente, esta Subsección¹³⁴ ha expuesto que, en principio, para demostrar que su propuesta era la más favorable, el demandante tiene la carga de allegar al proceso judicial la totalidad de los ofrecimientos presentados durante el curso del procedimiento de selección, con el propósito de que el juez pueda cotejarlos y evaluarlos de acuerdo con los factores de selección establecidos en el pliego de condiciones, para efectos de determinar cuál era el más favorable para la entidad estatal.

Ahora bien, la Sala advierte que al proceso fueron allegadas las propuestas presentadas por los proponentes que resultaron habilitados durante el curso del procedimiento de selección, lo que resulta suficiente en tanto la discusión en este caso gira alrededor de la evaluación de los ofrecimientos presentados por los proponentes que resultaron habilitados. En el anterior orden, sería del caso entrar a efectuar el análisis de comparación de los ofrecimientos de cara a los factores de selección establecidos en el pliego de condiciones; con todo, se considera que aquello resulta innecesario en este caso, en la medida en que el estudio de legalidad del acto administrativo demandado permite concluir con claridad y suficiencia que la demandante fue privada injustamente del derecho de celebrar y ejecutar el contrato para la realización del concurso de méritos. De ahí que el análisis que en punto al restablecimiento del derecho se contraerá a la prueba del perjuicio indemnizable, conforme pasa a estudiarse a continuación.

La jurisprudencia¹³⁵ de esta Sección ha precisado que el perjuicio indemnizable en este tipo de casos consiste en la utilidad dejada de percibir por el hecho de que al

133 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de junio de 2024, exp. 44548. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de marzo de 2024, exp. 59036. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de noviembre de 2023, exp. 55929. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2022, exp. 65134.

134 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de junio de 2024, exp. 44548. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de marzo de 2024, exp. 59036. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de noviembre de 2023, exp. 55929. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2022, exp. 65134.

135 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2024, exp. 71105. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2022, exp. 65134. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia

demandante se le hubiere privado injustamente de celebrar y ejecutar el contrato estatal. Como todo perjuicio indemnizable, para que proceda su reconocimiento en el proceso judicial el proponente afectado ha de demostrar que el negocio jurídico frustrado le habría reportado provecho económico. Es así como, esta Corporación ha planteado que:

"[...] la procedencia del reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante por la utilidad esperada frustrada, es indispensable acreditar la certeza acerca de la ocurrencia de tal perjuicio al punto de establecer con total claridad, su configuración y, una vez determinado este, cuál es el monto valor negativo efectivamente generado en el patrimonio de la compañía demandante. Al respecto, es preciso señalar que se está frente a un ejercicio de valoración de la acción o carga procesal en cabeza del demandante en torno a la prueba que aporta o solicita su práctica para la demostración de la existencia del perjuicio que alega haber sufrido y el quantum de este, actividad que no puede ser suplida por el juez"¹³⁶.

De este modo, la utilidad dejada de percibir no se erige como un perjuicio cuyo reconocimiento opere de manera automática, por el solo hecho de que el demandante demuestre que fue privado injustamente de celebrar y ejecutar el contrato estatal. En los términos del artículo 167¹³⁷ del CGP, en este tipo de casos al demandante le asiste la carga de demostrar que la ejecución del contrato le habría reportado provecho económico, teniendo en consideración las variables administrativas, operativas, económicas, y financieras bajo las cuales confeccionó su ofrecimiento, esto es, las condiciones bajo las cuales participó en el procedimiento de selección. De no verse satisfecha la carga que corresponde a la parte demandante, la decisión que en este particular deba adoptarse debe ir encaminada a negar el reconocimiento del lucro cesante¹³⁸.

En este punto, viene bien recordar que el régimen probatorio aplicable en materia contencioso administrativa otorga libertad para demostrar los hechos objeto de litigio. Bajo este entendimiento,

la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que esta carga probatoria puede ser satisfecha con la propuesta presentada por el oferente afectado durante el curso del procedimiento administrativo, siempre que aquella discrimine la utilidad que habría reportado la ejecución del contrato estatal¹³⁹. En criterio de esta Sección, si el pliego de condiciones impone a los participantes en el procedimiento de selección la obligación de reportar con su propuesta la utilidad que espera recibir con la eventual ejecución del contrato, resulta razonable que el juez que conoce la controversia pueda tener por demostrado el provecho económico a partir del contenido de su ofrecimiento.

del 12 de noviembre de 2014, exp. 29855. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 13792.

136 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2023, exp. 57217.

137 "**ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...]*".

138 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de septiembre de 2022, exp. 37376.

139 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2023, exp. 68438. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2023, exp. 57217. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2022, exp. 56663. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, exp. 39066.

También se ha admitido que la utilidad dejada de percibir como resultado de haber sido privado injustamente de celebrar y ejecutar el contrato se acredite con un dictamen pericial realizado con sustento en la información reportada durante el procedimiento de selección¹⁴⁰. De hecho, esta Subsección estima que el dictamen pericial se erige como un medio probatorio de innegable utilidad a efectos de satisfacer la carga probatoria que le asiste a la parte accionante en relación con el perjuicio sufrido, en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 226 del CGP, aquel resulta procedente para la verificación de hechos que precisan de especiales conocimientos técnicos, como en efecto lo requiere la determinación de la utilidad esperada, a partir del análisis de los elementos de la propuesta bajo los cuales el oferente participó en el procedimiento de selección.

Inclusive, ante escenarios en los que el material probatorio impide determinar la utilidad esperada, la Sección Tercera ha acudido a las reglas de la experiencia para indicar que "[...] quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad"¹⁴¹, y, bajo dicho supuesto, ha reconocido una utilidad en un porcentaje del valor de la propuesta, al estimar que "[...] es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales"¹⁴². Con todo, lo cierto es que esta Subsección en anteriores oportunidades¹⁴³ se ha apartado de este criterio jurisprudencial, según el cual en todo contrato estatal se proyectan utilidades equivalentes a un 5%, así como también lo ha puesto de presente la Subsección B de esta Sección, señalando que "[...] la utilidad que deriva de la ejecución de un contrato es estimada por el contratista en función de las actividades que deba desarrollar por cuenta del objeto contractual, de los esfuerzos

en que deba incurrir para ejecutarlas y de los riesgos que deba asumir. Luego, no es posible unificar la utilidad en un porcentaje fijo para todo contrato estatal como lo hace el precedente judicial, pues su determinación siempre dependerá de las circunstancias particulares en que se deba ejecutar cada contrato estatal, las cuales deben ser probadas en el proceso judicial”¹⁴⁴.

Pues bien, aclarado el panorama actual sobre la prueba del perjuicio indemnizable en materia de responsabilidad precontractual del Estado, la Sala recuerda que la Fundación Universitaria del Área Andina solicitó que se condenara a la CNSC al restablecimiento del derecho y, en ese contexto, pretende: **(i)** que se le ordene a la CNSC adjudicarle el contrato para la realización del concurso de méritos o, en su defecto, se le reconozca la utilidad esperada; **(ii)** que se le condene al pago de los gastos de confección del ofrecimiento; **(iii)** que se le ordene a la CNSC expedir una certificación a nombre de la Fundación Universitaria del Área Andina en la que conste que en el proceso licitatorio ocupó el primer puesto de elegibilidad de

140 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de octubre de 2024, exp. 71105. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2023, exp. 57217.

141 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 29855.

142 Ibidem.

143 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de septiembre de 2022, exp. 37376.

144 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de julio de 2023, exp. 68572.

acuerdo con la evaluación; y **(iv)** que se le condene al pago de los honorarios de asesoría jurídica en los que debió incurrir para obtener la indemnización los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la expedición del acto administrativo irregular.

Frente a los conceptos solicitados, la Sala estima, en primer lugar, que la pretensión encaminada a adjudicar el contrato a la Fundación Universitaria del Área Andina no tiene vocación de prosperidad, porque una determinación en tal sentido resulta imposible, habida consideración de la finalización del procedimiento administrativo y de la suscripción del contrato estatal para la realización del concurso de méritos. En lugar de lo anterior, se accederá al reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por la Fundación Universitaria del Área Andina por cuenta de la injusta privación de celebrar y ejecutar el contrato estatal –también solicitado como pretensión en la demanda–, porque cumplió con la carga que le correspondía en el sentido de demostrar el provecho económico que habría reportado la ejecución del contrato para la realización del concurso de méritos.

En efecto, en el expediente obra la propuesta que la Fundación Universitaria del Área Andina presentó en el marco del proceso licitatorio No. CNSC-LP-001, la cual demuestra que la demandante precisó que la utilidad que habría obtenido con ocasión de la ejecución del contrato estatal ascendía a \$609.811.239; suma de dinero que no fue desvirtuada por la parte accionada en las distintas oportunidades procesales. Como quedó dicho, si el ofrecimiento económico determina la utilidad esperada, puede acudir a dicha estimación a efectos de demostrar el quantum indemnizatorio, sin perjuicio de prueba en contrario y siempre que no resulte manifiestamente

irrazonable y desproporcionada.

El monto de la utilidad dejada de percibir debe ser actualizado a la fecha de esta providencia, para lo cual se tomará como índice base el correspondiente al IPC del momento en que el contrato debió haber terminado –diciembre de 2019¹⁴⁵–, y como índice final el IPC reportado para la fecha de expedición de esta providencia

–enero de 2026–, conforme la siguiente fórmula:

Donde,

VP =

VH x índice final índice inicial

VP	Corresponde al valor presente
VH	Es el valor histórico o inicial (\$609.811.239)
Índice final	Es el IPC vigente a la fecha de este fallo (enero de 2026) = 154,07
Índice inicial	Es el IPC vigente a la fecha en que debió terminar el contrato (diciembre de 2020) = 105,48

Para el caso concreto se tiene:

VP =

\$609.811.239 X 154,07

<SHAPE>

105,48

<SHAPE>

145 De acuerdo con las estipulaciones que aparecen referenciadas en el contrato que obra en el expediente, su plazo se extendía hasta el 20 de diciembre de 2019.

En consecuencia, **VP equivale a ochocientos noventa millones setecientos veinticuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos (\$890.724.474).**

No está de más precisar que el hecho de que la Fundación Universitaria del Área Andina hubiere solicitado el reconocimiento de la utilidad esperada por la ejecución del contrato para la realización del concurso de méritos no desnaturaliza su condición de institución de educación superior sin ánimo de lucro. En efecto, estas instituciones no solo se financian a través de los derechos pecuniarios derivados de su actividad académica, sino también mediante la celebración de contratos de prestación de servicios acordes con su objeto social. Distinto es el asunto relativo a la destinación de las utilidades que pueda generar la ejecución de un contrato, aspecto ajeno a la controversia y que, por tal razón, no será objeto de análisis.

En segundo lugar, respecto a los gastos reclamados por concepto de la elaboración de la propuesta, la Sala negará su reconocimiento, puesto que, tal y como lo ha considerado la jurisprudencia de esta Sección, estos constituyen un costo de oportunidad que los oferentes deben asumir por cuenta de su participación en el proceso licitatorio¹⁴⁶, y que en este particular caso deben tenerse como una inversión para obtener la utilidad que se reconoce en favor de la parte

accionante. Al margen de lo anterior, lo cierto es que estos perjuicios no están acreditados en el expediente, pues, recuérdese que para demostrarlos la parte accionante presentó junto con su demanda un dictamen pericial al que no se le otorgó eficacia probatoria por las razones que fueron expuestas en su oportunidad.

En tercer lugar, la Sala tampoco accederá al reconocimiento de los honorarios de asesoría jurídica que fueron reclamados por la Fundación Universitaria del Área Andina, como consecuencia de la asesoría y representación jurídica que se hizo necesaria para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado. Esta decisión se adopta porque la parte accionante pretendió demostrarlos con el dictamen pericial al que se le restó eficacia probatoria, lo que impide acceder al reconocimiento de estos perjuicios ante la falta de prueba de aquellos. En este mismo punto debe advertirse que, aun cuando en el expediente obra el contrato de prestación de servicios de defensa judicial No. 4505-090519¹⁴⁷, lo cierto es que en el proceso no obran comprobantes de egreso que demuestren que la CNSC hubiere incurrido en gastos por concepto de la ejecución de ese contrato.

En todo caso, la Sala resalta que en esta providencia judicial resolverá lo relativo a la condena en costas, esto es, determinará el sujeto procesal que debe asumir la carga económica que, para su contraparte, comportó la comparecencia al proceso judicial, punto en el cual vale la pena destacar que entre las costas figuran las agencias en derecho o gastos de apoderamiento o representación judicial. De ahí que se estime que lo reclamado en este particular resultaba innecesario.

Finalmente, la Sala se abstendrá de ordenar a la CNSC que expida una certificación a nombre de la demandante en la que se acredite que ocupó el primer orden de elegibilidad en el proceso de licitación pública No. CNSC-LP-001. Tal determinación

146 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, exp. 13136.

147 Fls 1016 a 1024, Cuaderno de Pruebas No. 7.

resulta manifiestamente innecesaria, porque la providencia judicial que en esta oportunidad profiere esta Subsección cumplirá el propósito perseguido, que no es otro distinto que establecer que la Fundación Universitaria del Área Andina tenía derecho a la adjudicación del contrato estatal por haber ofrecido las mejores condiciones para la CNSC.

5.1.6. La declaratoria de nulidad del contrato de prestación de servicio No. 247 suscrito entre la CNSC y la Universidad Libre

De entrada, debe recordarse que las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad¹⁴⁸. Es así que, de antaño, la Sección Tercera de la Corporación ha sido enfática en establecer que, en aras de proteger el orden público que debe regir las relaciones jurídicas, *"el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte"*¹⁴⁹. Se precisa, además, que tal potestad excepcional solo puede ser ejercida bajo los estrictos lineamientos que impone la ley, como garantía del principio de seguridad jurídica.

A partir de una lectura armónica y sistemática del inciso final del artículo 141 del CPACA¹⁵⁰, en concordancia con los artículos 45 de la Ley 80 de 1993¹⁵¹ y 1742 del Código Civil¹⁵², esta Sala de

Subsección¹⁵³ ha sostenido de manera pacífica y reiterada que el juez administrativo se encuentra habilitado para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos, a saber: (i) que esté plenamente demostrada en el proceso, sin que sea susceptible de saneamiento por ratificación; (ii) que las partes contratantes o sus causahabientes hayan intervenido en el proceso; y (iii) que no haya operado la prescripción extraordinaria.

148 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, exp. 26140.

149 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de agosto de 2006, exp. 31354. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 29742.

150 *"Artículo 141. [...] El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes".*

151 *"Artículo 45. De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. [...]".*

152 *"Artículo 1742. Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".*

153 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2018, exp. 58705, sentencia del 5 de marzo de 2021, exp. 62250; sentencia del 10 de diciembre de 2021, exp 55481; sentencia del 12 de julio de 2023, exp. 60817; sentencia del 1º de noviembre de 2023, exp 55929; sentencia del 13 de marzo de 2024, exp. 55596

Ahora bien, el régimen de nulidad de los contratos estatales se encuentra integrado por las previsiones que en la materia prevé el EGCAP y el Código Civil. Entre las causales de nulidad absoluta establecidas en la Ley 80 de 1993, destaca aquella según la cual "[...] *Los contratos del Estado son absolutamente nulos [...] cuando: [...] 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; [...]*". La jurisprudencia de esta Sección ha considerado de manera pacífica que esta causal se estructura en aquellos eventos en que en el proceso judicial se advierte la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación del contrato estatal, en tanto este se erige como el fundamento que le otorga sustento jurídico a la celebración del negocio jurídico estatal.

Bajo este contexto, la Sala estima que en este caso está plenamente demostrada la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 247 celebrado entre la CNSC y la Universidad Libre, de conformidad con lo dispuesto en el referido numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Lo considerado en los anteriores términos está dado por el hecho de que en este proceso judicial la parte accionante demostró la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación que brindó sustento a la suscripción del contrato de prestación de servicios No. 247, al haber quedado dilucidado en el proceso que la CNSC desatendió el deber de selección objetiva que le exigía escoger la propuesta más favorable de acuerdo con la rigurosa aplicación de los criterios definidos en el pliego de condiciones.

En efecto, la nulidad absoluta del contrato encuentra pleno respaldo en la medida en que el desconocimiento del deber de selección objetiva constituye una infracción sustancial a las normas imperativas que rigen la contratación estatal, cuyo cumplimiento resulta indispensable para salvaguardar los principios de transparencia, igualdad y legalidad que orientan la función administrativa. Cuando la administración pública adjudica y celebra un contrato sobre la base de un acto administrativo afectado de ilegalidad, se compromete de manera directa la validez del vínculo contractual, toda vez que la ausencia de un procedimiento de selección ajustado a derecho impide predicar la existencia de un consentimiento válido y eficaz. En tales condiciones, la irregularidad advertida en el particular no se traduce en un vicio meramente formal, sino en una causal de nulidad absoluta que afecta el objeto mismo del contrato, al estar edificado sobre un acto de adjudicación contrario a las normas que le daban sustento jurídico.

A lo anterior debe agregarse que: *(i)* de acuerdo con lo establecido en el artículo 45¹⁵⁴ de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta del contrato estatal no es susceptible de saneamiento por ratificación; *(ii)* en el presente caso la nulidad no se saneó por la prescripción extraordinaria, cuyo término es de 10 años conforme lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 791 de 2002¹⁵⁵, en la medida en que el contrato fue suscrito el 12 de abril de 2019, la demanda radicada el 20 de septiembre de 2019 y el auto admisorio de la demanda notificado dentro de los términos del artículo 94 del

154 " **ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA.** *La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. [...]*".

155 " **Artículo 1º** *Redúzcase a diez (10) años el término de todas las prescripciones veintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas*".

CGP¹⁵⁶; y *(iii)* al proceso judicial de la referencia compareció la Universidad Libre, la cual fue vinculada como litisconsorte necesario por pasiva por haber resultado beneficiada con la adjudicación en el curso del procedimiento de selección.

En los términos anteriormente expuestos, con el objeto de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un contrato viciado de nulidad absoluta, en la parte resolutive de esta providencia judicial se declarará la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 247, por haberse demostrado la ilegalidad del acto administrativo que le sirvió de fundamento. Con todo, esta Subsección se abstendrá de reconocer restituciones mutuas en favor de las partes del contrato, teniendo en consideración que no existe prueba de su causación, en la medida en que al expediente no fueron allegados los documentos relativos a la ejecución del contrato estatal. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el plazo estipulado en el contrato –su plazo se extendía hasta el 20 de diciembre de 2019–, resulta razonable inferir que el contrato se encuentra terminado¹⁵⁷.

Costas

El artículo 361 del CGP prevé que "las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho". A su turno, los artículos 365¹⁵⁸ y 366¹⁵⁹ ejusdem, aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA¹⁶⁰, establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de alzada, siempre que se demuestre en el expediente su causación; y su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la secretaría del a quo, correspondiéndole a este juzgador la

fijación de las agencias en derecho, de acuerdo con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura, y

156 **"Artículo 94.** *La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado [...]."*

157 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2022, exp. 65134.

158 **"Artículo 365.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]."*

159 **"Artículo 366.** *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]. 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...]. 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas". 160 "Artículo 188. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC".**

atendiendo a la naturaleza, calidad y cuantía del proceso, así como también la actuación desplegada por la parte vencedora.

Bajo este contexto, dado que en esta instancia se revocará integralmente la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala condenará en costas de primera y segunda instancia a la CNSC y a la Universidad Libre con sustento en el numeral 4¹⁶¹ del artículo 365 del CGP, porque resultaron vencidas en el proceso judicial de la referencia. **Para tal efecto, el Tribunal de origen efectuará la liquidación y tasación de costas, debiendo considerar que, con fundamento en las tarifas fijadas en el acuerdo PSAA16-10554 expedido el 5 de agosto de 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁶², las agencias en derecho respecto de la primera instancia se fijan en un porcentaje equivalente al 7% de las pretensiones económicas formuladas en el libelo introductorio, en tanto está demostrada la gestión del apoderado de la Fundación Universitaria del Área Andina en el curso de la primera instancia, al paso que la calidad de la misma a partir de sus diferentes intervenciones. Esta Subsección no fijará agencias en derecho respecto de esta instancia, dado que el apoderado de la demandante no intervino en el trámite de la misma¹⁶³.**

Por último, la Sala precisa que la decisión que se adoptará en esta providencia judicial conlleva acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, lo que permite al juez valorar la posibilidad de abstenerse de condenar en costas, de acuerdo con lo prescrito en el numeral 5¹⁶⁴ del artículo 365 del CGP. No obstante lo anterior, la Sala destaca que en este caso no encuentra motivos que justifiquen apartarse de la regla general en la materia, según la cual se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso judicial.

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

RESUELVE

161 "**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. [...]*".

162 ACUERDO PSAA16-10554, expedido el 5 de agosto de 2016. El artículo 5 numeral 1 establece que, para los procesos declarativos en general, la tarifa en primera instancia para procesos de mayor cuantía será "*entre el 3% y el 7.5% de lo pedido*" y en segunda instancia será "*entre 1 y 6 S.M.M.L.V.*"

163 Si bien es cierto el apoderado de la demandante presentó escrito en el trámite de la segunda instancia (SAMAI – Consejo de Estado, índice No. 9), lo cierto es que el mismo tuvo por objeto recordar a esta Corporación la imperiosa necesidad de emitir un pronunciamiento sobre la solicitud de pruebas en segunda instancia que había impetrado por medio de escrito presentado dentro del término de ejecutoria del auto que concedió el recurso de apelación. En el anterior orden, el escrito presentado no comportó una nueva actuación, sino un recordatorio sobre la necesidad de decidir una solicitud de prueba impetrada cuando no había iniciado el trámite de segunda instancia.

164 **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. [...]*".

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 6 de mayo de 2022, proferida por la **Subsección B** de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia judicial.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. CNSC – 20191400021505 del 3 de abril de 2019, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil adjudicó a la Universidad Libre el contrato para la realización del concurso de méritos para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa, de conformidad con la motivación expuesta en esta providencia judicial.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil a pagar a la Fundación Universitaria del Área Andina la suma de ochocientos noventa millones setecientos veinticuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos (\$890.724.474).

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR DE OFICIO la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 247 celebrado entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre, por las razones expuestas en esta providencia judicial.

SEXTO: NO HAY LUGAR a restituciones mutuas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Libre, **las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el a quo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.**

OCTAVO: En firme esta providencia, **ENVIAR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Presidente de la Sala

ACLARACIÓN DE VOTO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

NICOLÁS YEPES CORRALES

Magistrado

E2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Comisión de Regulación de Comunicaciones
n.d.
Última actualización: 15 de mayo de 2026 - (Diario Oficial No. 53.486 - 10 de mayo de 2026)

