**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA** **- Consorcios - Uniones temporales**

Para la Sala, este argumento no está llamado a prosperar ya que, revisado el Auto admisorio de la demanda proferido el 4 de abril de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió “la demanda instaurada por la sociedad ICAGEL LIMITADA y el señor Eduardo Garzón Alarcón como miembros del Consorcio ICAGEL LIMITADA”, decisión esta que no fue impugnada por el Invías en su momento, lo que quiere decir que desde el inicio del proceso estuvo claro que el mismo es adelantado por los integrantes del Consorcio Icagel Limitada en contra de la entidad. 48. En todo caso, y si en gracia de discusión se entendiera que la demanda fue promovida por el Consorcio Icagel Limitada y no por sus integrantes, esto no implicaría la obligación de la Sala declarar probada la falta de legitimidad activa en la causa. Lo anterior pues, según se estableció en Sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, los consorcios y uniones temporales, pese a no contar con personalidad jurídica, sí tienen capacidad para procesal y, por consiguiente, pueden ser parte de un determinado proceso judicial.[…] En todo caso, y si en gracia de discusión se entendiera que la demanda fue promovida por el Consorcio Icagel Limitada y no por sus integrantes, esto no implicaría la obligación de la Sala declarar probada la falta de legitimidad activa en la causa.

**ADJUDICACIÓN -** **Pliego de condiciones - Modificaciones - Ofertas - Evaluación**

El Invías también indicó en su recurso de apelación que el Tribunal erró al considerar que “el consorcio ICAGEL fue el ganador del proceso licitatorio número SRN-085-2007, en lo que se refiere al módulo 2”. Para la Sala tampoco le asiste razón a la entidad recurrente en este punto. Por el contrario, se estima que el Tribunal realizó un razonamiento adecuado pues, el hecho de que el Consorcio Los Andes hubiera introducido modificaciones a un valor global de la propuesta económica debió haber generado el rechazo de su propuesta, motivo por el cual el Consorcio Icagel Limitada tenía derecho a ocupar el primer lugar del orden de elegibilidad y, por consiguiente, a ser adjudicatario del módulo No. 2 de la licitación pública No. SRN-085-2007.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00751-01(43194)**

**Actor: ICAGEL LTDA. Y EDUARDO GARZÓN ALARCÓN (INTEGRANTES DEL CONSORCIO ICAGEL LIMITADA)**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS**

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Temas: controversias contractuales – actividad precontractual – nulidad del acto que declara desierto el procedimiento –

Síntesis:El Invías realizó una licitación pública con el fin de contratar la rehabilitación y conservación de varios puentes. La propuesta económica debía presentarse en un formulario entregado por el Invías y, de acuerdo con los pliegos de condiciones, los valores de los ítems expresados a precio global en el formulario no podían ser modificados, so pena de rechazo. En el formulario entregado por el Invías, estaba indicado expresamente que algunos ítems cuyo valor fue expresado a precio global no podían ser modificados. Sin embargo, no se dijo nada respecto de los demás ítems con estas características. Por esta razón, el Invías declaró desierta la licitación. En la demanda, se persigue la declaratoria de nulidad del acto que declaró desierta la licitación y la correspondiente indemnización de perjuicios.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 22 de junio de 2011, mediante la cual se decidió (se trascribe):

“*PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el Instituto nacional de Vías INVIAS, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.*

*SEGUNDA: Declarar no probada la objeción grave formulada por el INVIAS.*

*TERCERA: Declarar la nulidad parcial del artículo 1 de la resolución 05961 del 3 de diciembre de 2007, en lo referente a la declaratoria de desierta del MÓDULO 2 de la licitación pública 085, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTA: En consecuencia, condenar al Instituto Nacional de Vías INVIAS a pagar a los miembros del consorcio ICAGEL Limitada, la suma de ciento veintiocho millones trescientos un mil novecientos trece pesos ($128’301.913.oo) moneda corriente. Dicha suma se pagará a los miembros del consorcio ICAGEL Limitada así: el 70% para la sociedad ICAGEL Limitada, NIT 0800207622-3, y el 30% para Eduardo Garzón Alarcón, con cédula de ciudadanía 14.248.841 de Ibagué.*

*QUINTA: Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*SEXTA: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.*

*SÉPTIMA: Sin costas”.*

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

**1.- ANTECEDENTES**

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite en primera instancia - 1.2. El recurso de apelación y su trámite en segunda instancia

**1.1. La demanda y su trámite en primera instancia**

1. El 19 de diciembre de 2007, Icagel Ltda. y Eduardo Garzón Alarcón[[1]](#footnote-1) presentaron **demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho** en contra del Instituto Nacional de Vías (Invías), en cuyas pretensiones solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se trascribe)[[2]](#footnote-2):

*“PRIMERA: Que es nulo el artículo primero (1o) de la Resolución No. 05961 de 2007, proferida por el Señor Secretario General Técnico del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS -, el día 03 de Diciembre de 2.007 por medio de la cual se adjudica el Módulo 3 y se declaran desiertos los módulos 1, 2, 4 y 5 de la Licitación Pública No. SRN – 085 – 2007, cuyo objeto es la rehabilitación y conservación de puentes grupo 12.*

*SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA NACION – MINISTERIO DE TRANSPORTE – INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (INVIAS), a reconocer y pagar a las personas jurídicas que conforman el denominado CONSORCIO ICAGEL LIMITADA, los perjuicios y daños de carácter material sufridos por la demandante como consecuencia de los expedición del acto administrativo demandado y de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso.*

*TERCERA.- A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos establecidos en el artículo 176 y ss del C.C.A”.*

2. En el escrito de **demanda,** la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos:**

3. 1) Mediante Resolución No. 3562 de 3 de agosto de 2007, el Invías ordenó la apertura de la licitación pública No. SRN-085, para contratar la rehabilitación y conservación de “*puentes grupo 12*”. La licitación se dividió en 5 módulos.

4. 2) El Invías realizó 7 adendas al pliego de condiciones de la licitación SRN-085 de 2007.

5. 3) El 28 de septiembre de 2007, al cierre de la licitación, se habían presentado 19 propuestas para los 5 módulos. El Consorcio Icagel Limitada presentó una oferta para realizar las obras del módulo No. 2.

6. 4) El 8 de noviembre de 2007, el Invías presentó a los participantes de la licitación el orden elegibilidad de proponentes. Respecto del módulo No. 2, el Consorcio Los Andes ocupó el primer lugar y el Consorcio Icagel Limitada ocupó el segundo.

7. 5) El mismo 8 de noviembre de 2007, el Consorcio Icagel Limitada puso en conocimiento del Invías que, al diligenciar el formulario No. 4, varios proponentes -incluido el Consorcio Los Andes, el cual quedó ubicado en primer lugar del orden de elegibilidad del módulo No. 2-, habían incumplido un requisito del pliego de condiciones. Específicamente, el numeral 3.8.2. del pliego, según el cual (se trascribe):

“*El proponente deberá diligenciar este formulario y no podrá, so pena de rechazo adicionar, modificar, suprimir o, en todo caso, alterar sus unidades, cantidades e ítems, ni valor correspondiente a obras complementarias (incluye provisión PAGA), ni el valor global de los ítems que tenga esa modalidad toda vez que dicha información se requiere para la comparación objetiva de las propuestas”.*

8. 6) De acuerdo con la demanda: “*la irregularidad consistió en que al momento de diligenciar el formulario No. 4, hizo caso omiso de la advertencia contenida en el punto 3.8.2., del pliego de condiciones y procedió a modificar algunos de los aspectos que según las reglas del concurso eran inmodificables, so pena de rechazo”.*

9. 7) Al contestar la observación realizada por el Consorcio Icagel Limitada, y luego de constatar que varios proponentes habían realizado modificaciones al formulario No. 4, el Invías concluyó que: “*existía la posibilidad para los proponentes de presentar sus propuestas con modificación o no del valor correspondiente al ítem de control de tránsito y señalización, para el caso del módulo 2, y que ello le impedía a la entidad optar con claridad por una u otra forma de presentación de las ofertas”.*

10. 8) Con fundamento en lo anterior, el Invías consideró que no podía realizar una selección objetiva y, mediante Resolución No. 5961 de 3 de diciembre de 2007, declaró desierta la licitación pública No. SRN-085 de 2007.

11. Según la parte demandante, el artículo demandado de la Resolución No. 5961 de 2007 adolece de falsa motivación, por violar los artículos 1, 2, 6, 21, 29, 83, 90, 124 y 209 de la Constitución Política, 2, 3 y 84 del Código Contencioso Administrativo (CCA) y 24, 25, 29, 30 y siguientes y concordantes de la Ley 80 de 1993.

12. El Consorcio Icagel Limitada reprochó la argumentación del Invías, según la cual no resultaba posible realizar una selección objetiva debido a una contradicción entre el numeral 3.2.8. del pliego de condiciones y el formulario No. 4, porque en este último solo se señalaban como no modificables los ítems de “*provisión estimada para obras complementarias*” y “*estudios*”, no así los demás ítems de la propuesta económica. En su entender, el numeral 3.8.2. del pliego fue absolutamente claro al incluir la prohibición de realizar modificaciones al momento de diligenciar el formulario No. 4. Por consiguiente, indicó que no existió “*la pretendida dualidad de posibilidades para los oferentes”.*

13. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió la demanda** mediante Auto de 4 de abril de 2008[[3]](#footnote-3).

14. El 11 de noviembre de 2008, el Invías **contestó la demanda[[4]](#footnote-4).** Indicó que la resolución demandada era legal, y propuso las excepciones que denominó “*falta de legitimación en la causa por activa”* e “*inepta demanda”.*

15. Respecto de la excepción titulada “*falta de legitimación en la causa por activa”*, el Invías señaló que, en vista de que el Consorcio Icagel Limitada no era una persona jurídica, no estaba legitimado para demandar. Indicó que quienes estaban legitimados para demandar eran los integrantes del consorcio, esto es, Eduardo Garzón Alarcón y la sociedad Icagel Ltda.

16. Sobre la excepción denominada “*inepta demanda”*, la entidad demandada sostuvo que el poder del abogado que presentó la demanda fue otorgado por el Consorcio Icagel Limitada, el cual, al no tener personalidad jurídica, no podía conferir poderes. En ese sentido, argumentó que la demanda adolecía de ineptitud.

17. Mediante Auto de 13 de febrero de 2009, se **decretaron las pruebas** a ser tenidas en cuenta en el proceso[[5]](#footnote-5). Se tuvieron en cuenta pruebas documentales y una prueba pericial.

18. Una vez vencido el periodo probatorio, mediante Auto de 25 de junio de 2010, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión[[6]](#footnote-6).

19. Por medio de memorial radicado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de julio de 2010, el Invías presentó **alegatos de conclusión.** En los alegatos, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación[[7]](#footnote-7). La parte demandante guardó silencio.

20. El 22 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **Sentencia de primera instancia**[[8]](#footnote-8)**.** Antes que nada, el Tribunal se pronunció sobre las excepciones que el Invías denominó “*falta de legitimación en la causa por activa”* e “*inepta demanda”.* Al respecto, indicó que las excepciones propuestas por el Invías serían desestimadas pues: 1) el Consorcio Icagel Limitada estaba conformado por la sociedad Icagel Ltda. y Eduardo Garzón Alarcón –este último, además, representante legal de aquella sociedad- y justamente el poder del abogado que presentó la demanda lo confirió Eduardo Garzón Alarcón y; 2) habida cuenta de que en las pretensiones se solicitó que las condenas se hicieran a favor de los integrantes del consorcio.

21. Hecho lo anterior, el Tribunal formuló los problemas jurídicos a resolver, así: “*(i) Cuál es la interpretación que debe hacerse de la exigencia contenida en el numeral 3.8.2. del pliego de condiciones y el formulario 4, puntualmente, para el módulo 2? (ii) Dependiendo de la anterior respuesta y si es procedente, la cuestión sería establecer es si los accionantes demostraron que su propuesta era la mejor y el monto de los perjuicios ocasionados”.*

22. A partir del estudio del numeral 3.8.2. del pliego de condiciones, el Tribunal concluyó que existía una clara prohibición de modificar el valor global de los ítems que *“tuviesen dicha modalidad”* y que, como el ítem de tránsito y señalización tenía esa modalidad, pese a no haberse indicado en el formulario No. 4 que su modificación estaba prohibida, no era posible hacerlo, de conformidad con el pliego de condiciones.

23. En ese orden de ideas, el Tribunal calificó como “desafortunada” la interpretación realizada por el Invías, según la cual la omisión de señalar expresamente en el formulario No. 4 que el ítem de tránsito y señalización era inmodificable, impedía realizar una selección objetiva de la oferta más favorable. Anunció que declararía la nulidad parcial del artículo 1 de la Resolución No. 5961 de 3 de diciembre de 2007, en lo relativo a la declaratoria de desierta del módulo No. 2, y agregó (se trascribe):

“*Así las cosas, para la Sala las exigencias contenidas en el pluricitado numeral 3.8.2 y el formulario 4, no debían entenderse como contradictorias sino como complementarias, en aplicación del referido principio* [principio útil de la hermenéutica]*, toda vez que si la información contenida en el formulario 4 se requería para la comparación objetiva de las propuestas, no entiende la Sala cómo la entidad demandada admitió una interpretación donde la comparación objetiva es imposible, como lo sostuvo en el acto administrativo demandado.*

*Incluso, desde el punto de vista teleológico la interpretación admisible de la exigencia en estudio correspondía a aquella que impedía la modificación del ítem de tránsito y señalización, toda vez que la interpretación contraria, tal como la entidad demandante lo sostiene, impedía la comparación objetiva”.*

24. En lo que tiene que ver con el hecho de si la propuesta presentada por el Consorcio Icagel Limitada para el módulo No. 2 era la mejor, el Tribunal consideró que, en vista de que el Consorcio Los Andes –primero en el orden de elegibilidad- modificó el ítem de tránsito y señalización y que, por consiguiente, su propuesta debió ser rechazada, el consorcio demandante estaba llamado a ocupar el primer orden de elegibilidad y, en esa medida, estaba acreditado que tenía derecho a ser adjudicatario del módulo 2.

25. Por último, para determinar el monto de los perjuicios ocasionados al Consorcio Icagel Limitada por la declaratoria de desierta de la licitación respecto del módulo No. 2, el Tribunal dio aplicación a la tesis jurisprudencial según la cual la indemnización que se reconoce en este tipo de casos equivale al 100% de la utilidad que el proponente esperaba percibir. En ese sentido, como en el formulario No. 4 presentado por el consorcio se fijó el valor de la propuesta en $2.215.787.754,oo, y la utilidad esperada en un 5% de ese valor, el Tribunal estableció el valor de la indemnización en $110.789.388,oo, suma que, actualizada a la fecha en que se profirió la Sentencia, ascendía a $128.301.913,oo.

26. Así las cosas, el Tribunal condenó al Invías a pagar a los integrantes del Consorcio Icagel Limitada la suma de $128.301.913,oo, de la siguiente manera: el 70% para la sociedad Icagel Ltda. y el 30% para Eduardo Garzón Alarcón.

**1.2. El recurso de apelación y su trámite en segunda instancia**

27. El 11 de julio de 2011, el apoderado del Invías presentó **recurso de apelación** en contra de la Sentencia de 22 de junio de 2011[[9]](#footnote-9). En primer lugar, insistió en la falta de legitimidad pasiva en la causa del Consorcio Icagel Limitada y en la supuesta ineptitud de la demanda, para lo cual reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

28. Posteriormente, rechazó la decisión del Tribunal de declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 5961 de 3 de diciembre de 2007. Al respecto, indicó que para proferir la mencionada resolución, el Invías tuvo en cuenta la información y conceptos del grupo evaluador de propuestas. En ese sentido, señaló que el Invías: “*obró con criterios de legalidad, certeza y realidad de los hechos, calificación jurídica adecuada y una apreciación razonada, que lo llevó a la inevitable decisión de declaratoria de desierta de la licitación, ya que como en la resolución demandada se dijo, la incongruencia presentada entre el pliego de condiciones y la adenda 02, contentiva del formulario 4, no otorgaba a la entidad la posibilidad legal de una escogencia objetiva y transparente del eventual ganador y adjudicatario de la licitación”.*

29. En tercer lugar, acusó al Tribunal de haber fallado *extra petita*. En este punto, indicó que el Tribunal falló *extra petita* al condenar al Invías a pagar una suma de dinero a favor de Eduardo Garzón Alarcón, en la medida en que en las pretensiones solo se solicitó condenar al Invías a pagar la condena a favor de las personas jurídicas integrantes del Consorcio Icagel Limitada.

30. Por último, señaló que (se trascribe):

“*Como se dijo anteriormente, al configurar un error del Juez de primera instancia, en la apreciación de inexistencia de causales de declaratoria de desierta de la licitación No. SRN-085-2007, ello conllevaría también a un error en la apreciación de considerar que el consorcio ICAGEL, fue el ganador del proceso licitatorio número SRN-085-2007, en lo que se refiera al modulo 2.*

*Lo anterior nos lleva a inferir que no se debe condenar al pago de una suma de dinero, a cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, toda vez, que no existen fundamentos legales ni facticos que lo soporten”.*

31. El 30 de enero de 2013 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia[[10]](#footnote-10).

32. Por medio de memorial radicado en esta Corporación el 13 de marzo de 2013, el Invías presentó **alegatos de conclusión en segunda instancia.** En los alegatos, reiteró los argumentos expuestos en los escritos de contestación y apelación[[11]](#footnote-11). La parte demandante guardó silencio.

33. El 27 de junio de 2019, el consejero Ramiro Pazos Guerrero manifestó su impedimento para conocer de este asunto, dado que conoció este proceso en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca[[12]](#footnote-12). El impedimento fue aceptado mediante Auto de 10 de julio de 2019[[13]](#footnote-13).

**2.- CONSIDERACIONES**

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Hechos probados – 2.3. El problema jurídico – 2.4. El caso concreto – 2.5. Sobre la condena en costas

**2.1. Jurisdicción y competencia**

34. De acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA): *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley”*. Así mismo, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 prevé que “*el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales (…) será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

35. Por consiguiente, en vista de que en la demanda presentada por Icagel Ltda. y Eduardo Garzón Alarcón se elevan pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo proferido por una entidad pública con ocasión de una licitación pública, el presente asunto es de conocimiento de la **jurisdicción** **de lo contencioso administrativo**.

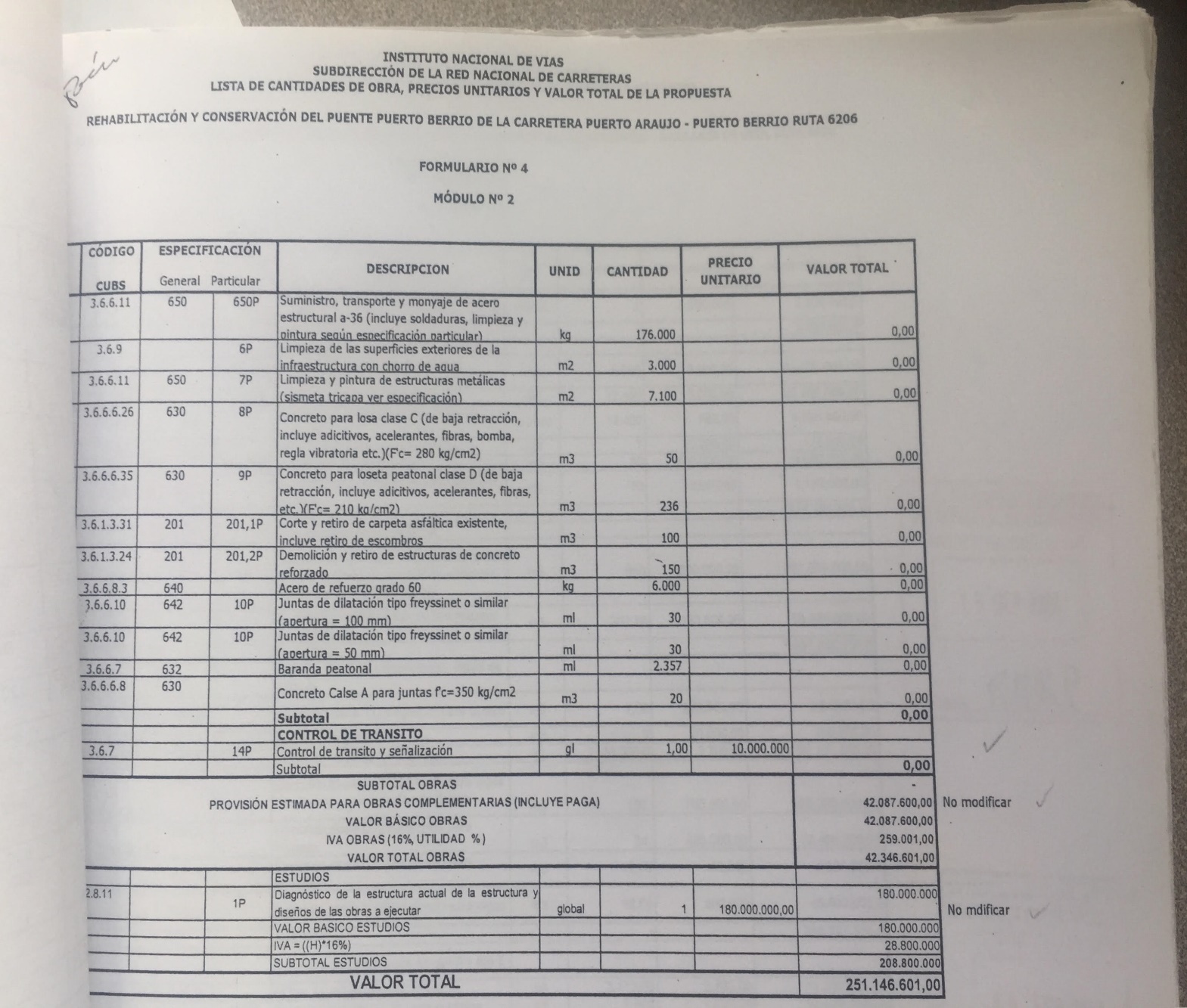
36. El Consejo de Estado es **competente** para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del CCA[[14]](#footnote-14).

**2.2. Hechos probados**

37. El 3 de agosto de 2007, el Invías expidió la Resolución No. 3562, por medio de la cual ordenó la apertura de la licitación pública No. SRN-085-2007[[15]](#footnote-15). De conformidad con el pliego de condiciones, el objeto de la licitación consistía en contratar la rehabilitación y conservación de varios puentes. La licitación se desagregó en 5 módulos, así (se trascribe)[[16]](#footnote-16):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *Módulo* | *Nombre del Proyecto-Tramo(s)* | *Ubicación* |
| *1* | *REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE CARANAL DE LA CARRETERA LA CABUYA – SARAVENA. RUTA 6515.* | *Departamento de Casanare* |
| *2* | *REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE PUERTO BERRIO DE LA CARRETERA PUERTO ARAUJO – PUERTO BERRIO RUTA 6206* | *Departamento de Antioquia* |
| *3* | *REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE BARRANCA DE UPIA DE LA CARRETERA VIILAVICENCIO – BARRANCA DE UPIA, RUTA 6510* | *Departamento del Meta* |
| *4* | *REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE CARLOS LLERAS RESTREPO DE LA CARRETERA PUERTO LÓPEZ – PUERTO GAITAN. RUTA 4008* | *Departamento del Meta* |
| *5* | *REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE MANACACIAS DE LA CARRETERA PUERTO LÓPEZ –PUERTO GAITAN RUTA 4008* | *Departamento del Meta* |

38. De acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones, la oferta debía ser presentada en dos sobres. El primer sobre incluía los requisitos habilitantes técnicos, financieros y jurídicos, mientras que el segundo sobre, contenía la oferta económica por cada módulo en el que el proponente estaba interesado en participar. Para la presentación de la oferta económica, los proponentes debían diligenciar el “Formulario No. 4” suministrado por la entidad, el cual, para el caso del módulo No. 2, era el siguiente:

**

39. En el numeral 3.8.2. del pliego de condiciones se estableció la siguiente prohibición respecto del sobre No. 2, la cual, en caso de desatenderse, daba lugar al rechazo de la propuesta (se trascribe):

*“3.8.2 Sobre No. 2*

*En este sobre el proponente deberá incluir el Formulario No. 4 – Propuesta económica, para cada uno de los módulos a los que presenta oferta; su omisión generará RECHAZO de la propuesta.*

*El proponente deberá diligenciar este formulario y no podrá so pena de rechazo adicionar, modificar, suprimir o, en todo caso, alterar sus unidades, cantidades e ítems, ni valor correspondiente a obras complementarias (incluye provisión PAGA), ni el valor global de los ítems que tenga esa modalidad, toda vez que dicha información se requiere para la comparación objetiva de las propuestas (…)”.*

40. En audiencia realizada el 7 de octubre de 2007, el Invías dio apertura al sobre No. 2 de las propuestas declaradas admisibles y, para el caso del módulo No. 2, definió el siguiente orden de elegibilidad (se trascribe)[[17]](#footnote-17):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *PROP Nº* | *PROPONENTE* | *PUNTAJE DEFINITIVO* | *ORDEN DE ELEGIBILIDAD* |
| *4* | *CONSORCIO LOS ÁNDES* | *1.000,00* | *1.* |
| *5* | *CONSORCIO ICAGEL LIMITADA* | *224,06* | *2.* |
| *14* | *CONSORCIO METALPUENTES* | *200,00* | *3.* |

41. Luego de haberse dado a conocer el orden de elegibilidad de la licitación publica No. SRN-085-2007, varios proponentes de la misma –incluido el Consorcio Icagel Limitada- pusieron de presente al Invías que algunos proponentes habían desconocido la prohibición establecida en el numeral 3.8.2. del pliego de condiciones, en la medida en que modificaron el precio de algunos ítems expresados a precio global[[18]](#footnote-18).

42. En respuesta a las observaciones realizadas por algunos proponentes acerca de la prohibición establecida en el numeral 3.8.2 del pliego de condiciones, el Invías expidió el comunicado No. 4 de 4 de noviembre de 2007, en el que señaló (se trascribe)[[19]](#footnote-19):

*1.- El pliego de condiciones en el numeral 3.8.2. Sobre No. 2, consagró ‘En este sobre el proponente deberá incluir el Formulario No. 4 – Propuesta económica, para cada uno de los módulos a los que presenta oferta; su omisión generará RECHAZO de la propuesta.*

*El proponente deberá diligenciar este formulario y no podrá so pena de rechazo adicionar, modificar, suprimir o, en todo caso, alterar sus unidades, cantidades e ítems, ni el valor correspondiente a obras complementarias (incluye provisión PAGA), ni el valor global de los ítems que tengan esa modalidad, toda vez que dicha información se requiere para la comparación objetiva de las propuestas’.*

*2.- En el formulario No. 4 para el presente proceso, se destacaron como no modificables en cada uno de los módulos, los ítems correspondientes a:*

*(…)*

*MODULO 2*

*- PROVISIÓN ESTIMADA PARA OBRAS COMPLEMENTARIAS (INCLUYE PAGA)*

*- ESTUDIOS (Diagnóstico de la estructura actual …)*

*(…)*

*5.- El comportamiento de las propuestas que obtuvieron calificación de ADMISIBLES, al momento de apertura del sobre No. 2 en relación con la posibilidad o no de modificar los ítems antes referidos, fue el siguiente:*

*MODULO 2*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *PROPONENTE* | *ITEM* |  |
| *Consorcio Metalpuentes* | *Control de Tránsito y Señalización* | *No modificó* |
| *PROVISIÓN ESTIMADA PARA OBRAS COMPLEMENTARIAS (INCLUYE PAGA)* | *No modificó* |
| *ESTUDIOS (Diagnóstico de la estructura actual…)* | *No modificó* |
| *Consorcio Icagel Ltda.* | *Control de Tránsito y Señalización* | *No modificó* |
| *PROVISIÓN ESTIMADA PARA OBRAS COMPLEMENTARIAS (INCLUYE PAGA)* | *No modificó* |
| *ESTUDIOS (Diagnóstico de la estructura actual…)* | *No modificó* |
| *Consorcio Los Andes* | *Control de Tránsito y Señalización* | *Si modificó* |
| *PROVISIÓN ESTIMADA PARA OBRAS COMPLEMENTARIAS (INCLUYE PAGA)* | *No modificó* |
| *ESTUDIOS (Diagnóstico de la estructura actual…)* | *No modificó* |

*(…)*

*De este comportamiento, se aprecia entonces, que existía la posibilidad que los oferentes pudiesen efectuar su propuesta, algunos modificando y otros no modificando el valor correspondiente al (…) ítem de Control de Tránsito y Señalización (para los ítems 2, 4 y 5), lo cual impide a la Entidad optar con claridad meridiana por una u otra forma de presentación de las ofertas, sin lesionar o eventualmente beneficiar con su interpretación a un oferente.*

*En este sentido es claro que existen motivos suficientes que impiden a la Entidad llevar a cabo una selección objetiva de la oferta más favorable para los módulos 1, 2, 4 y 5, toda vez que en cualquiera de los dos escenarios que se plantean como posibles, esto es seleccionar entre los oferentes que modificaron el valor del ítem o seleccionar entre los oferentes que no modificaron el valor del ítem (…) control de tránsito y señalización, estaríamos frente a una decisión que no se compadece con la objetividad y claridad que debe acompañar el proceso de selección”.*

43. Con fundamento en las consideraciones expuestas en el comunicado No. 4, mediante Resolución No. 5961 de 3 de diciembre de 2007, el Invías adjudicó el módulo 3 y declaró desiertos los módulos 1, 2, 4 y 5 de la licitación pública No. SRN-085-2007. En el artículo primero de este acto administrativo resolvió (se trascribe)[[20]](#footnote-20):

*“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar desiertos los Módulos 1: REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE CARANAL DE LA CARRETERA LA CABUYA – SARAVENA. RUTA 6515, en el Departamento del Casanare. Módulo 2: REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE PUERTO BERRIO DE LA CARRETERA PUERTO ARAUJO – PUERTO BERRIO RUTA 6206, en el Departamento de Antioquia. Módulo 4: REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE CARLOS LLERAS RESTREPO DE LA CARRETERA PUERTO LÓPEZ – PUERTO GAITAN. RUTA 4008, en el Departamento del Meta y el Módulo 5: REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PUENTE MANACACIAS DE LA CARRETERA PUERTO LÓPEZ – PUERTO GAITAN RUTA 4008, en el Departamento del Meta, por las consideraciones expuestas en el Comunicado Nº4 del día 29 de Noviembre de 2007”.*

**2.3. El problema jurídico**

44. A partir de los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte demandada, deberá la Sala establecer si el Tribunal erró: 1) al concluir que estaba acreditada la legitimidad activa en la causa de la parte demandante; 2) al considerar que el Invías podía realizar una selección objetiva; 3) al entender que el Consorcio Icagel Limitada tenía la mejor propuesta para el módulo No. 2 y; 4) al proferir una condena a favor de Eduardo Garzón Alarcón.

**2.4. El caso concreto**

45. La Sala rechazará los argumentos de la apelación y confirmará la decisión de primera instancia por las razones que a continuación se exponen:

46. Como primer argumento de la apelación, el Invías insistió en que el Consorcio Icagel Limitada no era una persona jurídica y que, por lo tanto, no estaba legitimado para demandar. También reiteró que quienes estaban legitimados para demandar eran los integrantes del consorcio, esto es, Eduardo Garzón Alarcón y la sociedad Icagel Ltda.

47. Para la Sala, este argumento no está llamado a prosperar ya que, revisado el Auto admisorio de la demanda proferido el 4 de abril de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió “*la demanda instaurada por la sociedad ICAGEL LIMITADA y el señor Eduardo Garzón Alarcón como miembros del Consorcio ICAGEL LIMITADA”*, decisión esta que no fue impugnada por el Invías en su momento, lo que quiere decir que desde el inicio del proceso estuvo claro que el mismo es adelantado por los integrantes del Consorcio Icagel Limitada en contra de la entidad.

48. En todo caso, y si en gracia de discusión se entendiera que la demanda fue promovida por el Consorcio Icagel Limitada y no por sus integrantes, esto no implicaría la obligación de la Sala declarar probada la falta de legitimidad activa en la causa. Lo anterior pues, según se estableció en Sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013, los consorcios y uniones temporales, pese a no contar con personalidad jurídica, sí tienen capacidad para procesal y, por consiguiente, pueden ser parte de un determinado proceso judicial[[21]](#footnote-21).

49. El Invías señaló, como segundo argumento de la apelación, que la decisión de declarar desiertos los módulos 1, 2, 4 y 5 de la licitación pública No. SRN-085-2007 fue legal pues: “*la incongruencia presentada entre el pliego de condiciones y la adenda 02, contentiva del formulario 4, no otorgaba a la entidad la posibilidad legal de una escogencia objetiva y transparente del eventual ganador y adjudicatario de la licitación”.*

50. En este punto, la Sala hace suyas las consideraciones expuestas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para declarar la nulidad de la declaratoria de desierta de la licitación pública. En efecto, el Tribunal acertó al establecer que, aunque en el formulario No. 4 del módulo No. 2 solo se prohibió expresamente la modificación de los ítems denominados “*PROVISIÓN ESTIMADA PARA OBRAS COMPLEMENTARIAS (INCLUYE PAGA)”* y “*Diagnóstico de la estructura actual y diseños de las obras a ejecutar”*, esa situación de ninguna manera eliminó o modificó lo previsto en el numeral 3.8.2 del pliego de condiciones, esto es, que la modificación de un ítem expresado a precio global daba lugar al rechazo de la propuesta. Por consiguiente, este argumento de la apelación será desestimado.

51. El Invías también indicó en su recurso de apelación que el Tribunal erró al considerar que “*el consorcio ICAGEL fue el ganador del proceso licitatorio número SRN-085-2007, en lo que se refiere al módulo 2”.* Para la Sala tampoco le asiste razón a la entidad recurrente en este punto. Por el contrario, se estima que el Tribunal realizó un razonamiento adecuado pues, el hecho de que el Consorcio Los Andes hubiera introducido modificaciones a un valor global de la propuesta económica debió haber generado el rechazo de su propuesta, motivo por el cual el Consorcio Icagel Limitada tenía derecho a ocupar el primer lugar del orden de elegibilidad y, por consiguiente, a ser adjudicatario del módulo No. 2 de la licitación pública No. SRN-085-2007.

52. Por último, el Invías sostuvo que la Sentencia 22 de julio de 2001 fue *extra petita*, por haber condenado a la entidad a pagar una suma de dinero a favor de una persona natural, Eduardo Garzón Alarcón, pese a que en las pretensiones se solicitó que la condena se hiciera a favor de “*las personas jurídicas que conforman el denominado CONSORCIO ICAGEL LIMITADA”.* Para la Sala, si bien es cierto que en la pretensión segunda de la demanda se indicó que la condena debía proferirse a favor de “*personas jurídicas*”, el Tribunal interpretó adecuadamente esta pretensión al ordenar al Invías pagar la condena a favor de los integrantes del consorcio, que fue lo que realmente se solicitó en la demanda. Así las cosas, este argumento de la apelación también será rechazado.

53. Para finalizar, corresponde a la Sala actualizar la condena proferida el 22 de junio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para la cual aplicará la siguiente fórmula:

VA = VH x (IPC final/IPC inicial)

Donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

128.301.913,oo x 102,27/76,14 = $172.333.026,66

**2.5. Sobre la condena en costas**

54. La Sala se abstendrá de condenar en costas porque no se dan los supuestos del artículo 171 del CCA requeridos.

**3. DECISIÓN**

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

# **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia de 22 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. La condena actualizada en esta Sentencia se pagará de la siguiente manera: el 70% para la sociedad Icagel Ltda. y el 30% para Eduardo Garzón Alarcón.

**SEGUNDO:** sin condena en costas.

Por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

1. Integrantes del Consorcio Icagel Limitada. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 2-11 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 18 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 20-34 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 43-44 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 68 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 69-74 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 76-81 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 83-90 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 218 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 219-227 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 261 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 262-263 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. “Artículo 129. 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”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 51-53 y 55-57 del cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 4-50 del cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 297-326 del cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 6 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 341-344 del cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 327-340 del cuaderno 4 y 11-27 y 30-47 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de septiembre de 2013, exp. 19.933. [↑](#footnote-ref-21)