

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-26-000-2010-00161-02 (65.828)
Demandante: EQUIPOS Y CIMENTACIONES SA Y OTROS
Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN DE SENTENCIA
Asunto: RECHAZO DE PROPUESTA EN LICITACIÓN PÚBLICA POR PARTICIPAR EN MÁS DE UNA OFERTA

Síntesis del caso: en el desarrollo de una licitación pública el Instituto de Desarrollo Urbano rechazó la propuesta presentada por el consorcio integrado por los demandantes. Los actores aseguran que no se configuró la causal de rechazo empleada por la entidad demandada pues, a su juicio, no incurrieron en la prohibición prevista en el pliego de condiciones.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 24 de julio de 2019 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 579 a 595 cdno. ppal.) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia **LIQUÍDENSE** por Secretaría los gastos del proceso. Devuélvase los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.” (fl. 595 cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 16 de marzo de 2010 (fl. 23 cdno. ppal.), las compañías Equipos y Cimentaciones SA, Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA, Compañía Hernández Páramo Ltda (Coherpa Ltda), Indugravas Ltda, Civilia SA y el señor Orlando Hernández Hernández –integrantes del consorcio Vial

Transmilenio Fase III¹– presentaron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA) (fls. 23 a 89 y 93 a 94 cdno. ppal.) en contra del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) con las siguientes súplicas:

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución no. 6676 del 21 de diciembre de 2007, por la que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU), adjudicó el contrato correspondiente al Grupo 5 de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 al proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA INFRAESTRUCTURA URBANA SA, integrado por CONALVÍAS SA, INFRACON SA, PATRIA SA, CÉSAR JARAMILLO & CÍA LTDA, EDGAR JARAMILLO & CIA LTDA, AGRO MEZCLAS SA y ALMACENES LA 14 SA.

SEGUNDA.- Que, como consecuencia de la declaración anterior, se declare la nulidad absoluta del contrato no. 138 de 2007 suscrito entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) y la sociedad INFRAESTRUCTURAS URBANA SA, con fundamento en las causales enunciadas en los numerales 2 y/o 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

TERCERA.- Que se declare que el proponente CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III tenía derecho a la adjudicación del contrato correspondiente al Grupo 5 de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 adelantada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) y, en consecuencia, a celebrar y ejecutar el contrato respectivo, por haber presentado la oferta que debió obtener el primer puesto dentro del orden de elegibilidad del Grupo 5, de acuerdo con las reglas establecidas en el Pliego de Condiciones.

CUARTA.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) a pagar a INGENIEROS CONSTRUCTORES E INTERVENTORES ICEIN SA, COMPAÑÍA HERNÁNDEZ PÁRAMO LTDA (COHERPA LTDA), ORLANDO HERNÁNDEZ, INDUGRAVAS LTDA, EQUIPOS Y CIMENTACIONES SA y CIVILIA SA, a modo de restablecimiento del derecho, el valor de los perjuicios causados por no habersele adjudicado el contrato del Grupo 5 de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 al proponente CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, del que aquellas formaban parte, desconociéndoseles el derecho a celebrar el respectivo contrato y a ejecutar la totalidad del mismo. Estos perjuicios corresponden al daño emergente, representado en las sumas que cada uno de los demandantes hubiera recibido como beneficio económico normal derivado de la ejecución del objeto contractual, esto es, el 30,2% de la utilidad del contrato, así como al lucro cesante, consistente en los rendimientos que dichos dineros recibidos oportunamente hubieran producido.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN.- Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) a pagar, a título de restablecimiento del derecho a los demandantes, el 30,2% del monto amparado por la garantía de seriedad de la propuesta presentada

¹ Los siguientes integrantes del consorcio –el resto– no demandaron: Mario Alberto Huertas Cotes, Procopal SA, Meyan SA, DQ Ingeniería EU, MH Pavimentos SA, Conciviles SA y Agregados y Mezclas Cachibi SA, pero, fueron vinculados como litisconsortes necesarios por activa.

Expediente: 25000-23-26-000-2010-00161-02 (65.828)
Actor: Equipos y Cimentaciones SA y otros
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

dentro la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 Grupo 5, porcentaje que corresponde a la participación de los demandantes dentro del grupo proponente CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III.

QUINTA.- Que se actualice el valor del daño emergente determinado de acuerdo con la pretensión anterior, con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, bien para el período comprendido entre la época en que las sociedades demandantes debían percibir los beneficios económicos derivados de la ejecución del contrato correspondiente al Grupo 5 de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 y la fecha en que se produzca la sentencia, para el caso de la pretensión cuarta principal; o bien para el período comprendido entre la fecha de presentación de la propuesta del oferente CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, y la fecha en que se produzca la sentencia, para el caso de la pretensión cuarta subsidiaria.

SEXTA.- Que por concepto de indemnización del lucro cesante se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) al pago de intereses comerciales sobre el valor del daño emergente actualizado, de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio, para el período comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXTA PRETENSIÓN.- Que para indemnizar el lucro cesante se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) a pagar intereses civiles sobre el valor del daño emergente actualizado, para el período comprendido entre la época de causación del daño y la fecha de la sentencia.

SÉPTIMA.- Que se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa H. Corporación.

OCTAVA.- Que se ordene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) dar cumplimiento a la sentencia a partir de su ejecutoria, en los términos prescritos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

NOVENA.- Que sobre las cantidades liquidadas reconocidas en la sentencia se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (IDU) a pagar intereses de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.” (fl. 24 a 26 y 93 cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) El 14 de septiembre de 2007, mediante la Resolución número 4382, el IDU ordenó la apertura de una licitación pública para contratar la “*ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (avenida Jorge Eliécer Gaitán) y de la carrera 10 (avenida Fernando Mazuera),*

al sistema Transmilenio y su posterior mantenimiento en la ciudad de Bogotá DC”
(fl. 28 cdno. ppal.).

2) La licitación se dividió por tramos los cuales se distribuyeron en cinco (5) grupos, en el quinto grupo participaron, entre otros oferentes, el Consorcio Vial Transmilenio Fase III –el de los demandantes–, la promesa de sociedad futura Constructora Bogotá Fase III SA –con la participación de la empresa Concesión Santa Marta Paraguachón SA– y la promesa de sociedad futura Infraestructura Urbana SA –la adjudicataria–.

3) El 21 de diciembre de 2007, en la audiencia pública de adjudicación, la entidad demandada rechazó la propuesta presentada por el consorcio conformado por los actores, por el hecho de que dos de sus integrantes –Mario Alberto Huertas Cotes y Constructores e Interventores SA– eran accionistas de la compañía Concesión Santa Marta Paraguachón SA que integraba la promesa de sociedad futura Constructora Bogotá Fase III SA –uno de los otros proponentes del quinto grupo–.

4) El IDU consideró que el consorcio de los demandantes incumplió los términos de referencia que prohibían la participación simultánea de sus integrantes por sí o por interpuesta persona en varias propuestas.

5) El mismo día –21 de diciembre de 2007–, a través de la Resolución número 6675, el IDU adjudicó las obras del quinto grupo a la promesa de sociedad futura Infraestructura Urbana SA, en consecuencia, suscribieron el contrato de obra identificado con el número 138 del 28 de diciembre del mismo año.

3. Cargos de la demanda

La parte demandante consideró que el acto acusado desconoció los artículos 2, 6, 29, 83, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política; 34 y 36 del Código Contencioso Administrativo y 98 del Código de Comercio; la solicitud de nulidad se sustentó en lo siguiente:

“Infracción de las normas en que debía fundarse”, “falta absoluta de competencia del Instituto de Desarrollo Urbano para proceder a levantar el velo corporativo de la sociedad anónima Concesión Santa Marta Paraguachón SA”, “falsa motivación [por] la expresión ‘interpuesta persona’”, “desconocimiento del derecho de

audiencia y defensa de los integrantes del Consorcio Vial Transmilenio Fase III”, “*vía de hecho*” y, “*responsabilidad patrimonial en la que ha incurrido el Instituto de Desarrollo Urbano*”, por cuanto el IDU interpretó extensivamente la prohibición prevista en el pliego de condiciones, si bien no estaba permitido que un proponente ofertara más de una vez por sí o por interpuesta persona, lo cierto es que el hecho de que dos de los integrantes de consorcio Vial Transmilenio Fase III fueran accionistas en una compañía que hacía parte de otro proponente que también competía en el quinto grupo no desconocía la prohibición en comento.

La entidad levantó de facto el velo corporativo con olvido de que la sociedad es una persona autónoma y distinta de los socios que la integran, por lo tanto, los socios no actuaron por interpuesta persona cuando la compañía de la que hacían parte participó como miembro de otro oferente.

4. Contestaciones de la demanda e intervención de los litisconsortes

1) El Instituto de Desarrollo Urbano (fls. 128 a 141 cdno. ppal.) propuso las excepciones de i) “*inepta demanda por indebida escogencia de la acción*”, porque la legalidad de los actos precontractuales únicamente se podía cuestionar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que, en todo caso, estaba caducada; ii) “*falta de legitimación en la causa por activa, indebida integración del litisconsorcio necesario*”, debido a que la demanda no fue promovida por todos los integrantes del consorcio que participó en la licitación pública y, iii) “*inexistencia de vicios que invaliden la presunción de legalidad del acto administrativo acusado en el presente litigio*”, en tanto que el actor debía acreditar que el adjudicatario no cumplía con los requisitos exigidos en el proceso de selección.

2) Por su parte, la compañía Infraestructura Urbana SA –la firma adjudicataria– (fls. 165 a 175 cdno. ppal.) aseguró que los miembros del Consorcio Vial Transmilenio Fase III sí actuaron a través de interpuesta persona, porque la sociedad de la hacían parte era un tercero vinculado a ellos.

3) Los litisconsortes² Mario Alberto Huertas Cotes, Procopal SA, Meyan SA, MH Pavimentos SA y Agregados y Mezclas Cachibi SA solicitaron que no se les

² Por auto del 21 de junio de 2016 el *a quo* vinculó de oficio al resto de los integrantes del Consorcio Vial Transmilenio Fase III como litisconsortes necesarios por activa (fls. 516 a 518 cdno. ppal.).

extendiera los efectos de la sentencia; Conciviles SA guardó silencio y DQ Ingeniería EU intervino extemporáneamente (fls. 429 a 546 cdno. ppal.).

5. Sentencia de primera instancia

La Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 24 de julio de 2019 negó las pretensiones de la demanda con los siguientes fundamentos:

1) Toda sociedad actúa en procura de los intereses de sus asociados, en consecuencia, la compañía Concesión Santa Marta Paraguachón SA –que hacía parte de otro proponente– intervenía en favor de sus accionistas Mario Alberto Huertas Cotes y Constructores e Interventores SA, por consiguiente, esa múltiple participación transgredió la prohibición prevista en el pliego de condiciones según la cual ninguna persona podía intervenir en más de una oferta.

2) La entidad podía averiguar la composición accionaria de las sociedades participantes sin que ello significara levantar el velo corporativo, además, el IDU solicitó las explicaciones y las pruebas pertinentes antes de rechazar la propuesta.

6. Recurso de apelación

La parte actora (fls. 597 a 619 cdno. ppal.) manifestó su inconformidad con los siguientes argumentos:

1) No es cierto que las sociedades siempre actúen como interpuesta persona en favor de sus socios pues, ello desconoce que las sociedades son personas distintas de sus asociados individualmente considerados y significa, de un lado, una interpretación extensiva de la causal prevista en el pliego y, de otro, el levantamiento de facto del velo corporativo.

2) Además, *“no existe inhabilidad constitucional o legal que impida que una sociedad anónima, de la cual es accionista una persona natural y/o jurídica integrante de otro grupo proponente, pueda presentar propuesta en una misma licitación y, como bien se sabe, las normas que consagran inhabilidades son taxativas, de interpretación restrictiva y no admiten analogía”* (fl. 602 cdno. ppal.).

3) La ilegal decisión del IDU produjo perjuicios a la parte actora, porque debió ser la adjudicataria del respectivo contrato.

7. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto del 12 de marzo de 2020 (fl. 627 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y el 26 de febrero de 2021 (índice 24 SAMAI) se corrió traslado para alegar de conclusión, en dicho término la parte demandante (índice 28 SAMAI) insistió en las razones de su apelación, el Instituto de Desarrollo Urbano (índice 29 SAMAI) advirtió que no se acreditó la ilegalidad del acto acusado y el agente del Ministerio Público indicó que los términos de referencia impedían que una persona participara por sí o por interpuesta persona en más de una propuesta, mientras que Infraestructuras Urbanas SA y los litisconsortes por activa³ guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) el caso concreto: la causal de rechazo aplicada en la licitación pública y, 3) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La controversia planteada en término⁴, consiste en determinar, conforme a la apelación de la parte demandante, si se debe revocar la decisión de primera instancia porque, a juicio del impugnante, el acto acusado es nulo.

En esta instancia el análisis de legalidad no abordará las razones relacionadas con la ausencia de una inhabilidad legal que sustentara la causal de rechazo empleada por la entidad demandada en la licitación pública, porque el recurso de apelación no

³ El señor Mario Alberto Huertas Cotes (índice 34 SAMAI) allegó una solicitud a nombre propio; sin embargo, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre esta toda vez que fue presentada sin intervención de apoderado judicial contrario, por lo tanto, a lo establecido en el artículo 73 del Código General del Proceso.

⁴ Las pretensiones se presentaron oportunamente, ya que el contrato se suscribió el 28 de diciembre de 2007 (fl. 4.506 cdno. 8), la demanda se radicó el 16 de marzo de 2010 (fl. 23 cdno. ppal.) y el término de caducidad se suspendió entre el 17 de diciembre de 2009 y el 3 de marzo de 2010 por el trámite conciliatorio (fls. 4.588 a 4.592 cdno. 8).

es la oportunidad procesal para adicionar cargos de anulación, como parece haber intentado el apelante cuando introdujo ese aspecto en su impugnación, pero, que no desarrolló en su demanda.

Se confirmará la sentencia de primera instancia pues, tal como lo sostuvo el *a quo*, el acto acusado no incurrió en ninguno de los cargos de nulidad propuestos en la demanda.

2. El caso concreto: la causal de rechazo aplicada en la licitación pública

1) La parte demandante asegura que no incurrió en la prohibición prevista en los términos de referencia por el hecho de que no hubo doble participación de los integrantes del Consorcio Vial Transmilenio Fase III; al respecto, es necesario precisar lo siguiente:

a) Los numerales 1.15.4 y 3.7 (literal d) del pliego de condiciones establecieron una restricción y una casual de rechazo por incumplirla, en los siguientes términos:

“1.15.4 Limitación a presentación de ofertas por parte del proponente. Cada proponente podrá presentar solamente una oferta por grupo, ya sea por sí solo o como integrante de un consorcio o unión temporal. El proponente o integrante de un consorcio o unión temporal que presente más de una oferta o participe en más de una de ellas por grupo causará el rechazo de todas las ofertas que incluyan su participación.

3.7 Admisibilidad y rechazo de las propuestas: (...) d) Cuando un proponente presente en un mismo grupo por sí o por interpuesta persona, en consorcio, unión temporal más de una oferta o participe en más de una de ellas por grupo, causará el rechazo de todas las ofertas que incluyan su participación.” (fls. 20 y 257 cdno. 2 - se resalta).

b) El Consorcio Vial Transmilenio Fase III y la promesa de sociedad futura Constructora Bogotá Fase III SA presentaron propuesta en el quinto grupo de la licitación, los participantes estaban integrados de la siguiente forma:

Consorcio Vial Transmilenio Fase III	Promesa de sociedad futura Constructora Bogotá Fase III SA
Mario Alberto Huertas Cotes	Odinsa SA
Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA	Odinsa PI SA

Expediente: 25000-23-26-000-2010-00161-02 (65.828)
 Actor: Equipos y Cimentaciones SA y otros
 Controversias contractuales
Apelación de sentencia

Consortio Vial Transmilenio Fase III	Promesa de sociedad futura Constructora Bogotá Fase III SA
Compañía Hernández Páramo Ltda	Concesión Santa Marta Paraguachón SA ⁵
Indugravas Ltda	Valores y contratos SA
Civilia SA	Consultoría Colombiana SA
Orlando Hernández	Construcorp SA
Equipos y Cimentaciones SA	
Procopal SA	
Meyan SA	
DQ Ingeniería EU	
MH Pavimentos SA	
Conciviles SA	
Agregados y Mezclas Cachibi SA	

c) La Resolución número 6675 del 21 de diciembre de 2007 –el acto demandado– rechazó la propuesta del Consorcio Vial Transmilenio Fase III por lo siguiente:

“[P]rocede la entidad a pronunciarse sobre hechos conocidos con ocasión de la declaración publicada en la edición del periódico El Tiempo del día domingo 16 de diciembre de 2007, en la cual el integrante del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, manifiesta que él y el integrante ORLANDO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ tienen un tres por ciento (3%) de participación en la CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN SA, sociedad que al igual que el mencionado consorcio, también participa en el grupo no. 5 como integrante de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III.

Por lo anterior, mediante oficio IDU-129566 del 18 de diciembre de 2007 la entidad solicitó al señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES en su calidad de representante legal del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, que informara y soportara documentalmente en qué consistía dicha participación y qué calidad ostentaban dentro de la sociedad CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN SA.

Mediante comunicación no. 119522 del 19 de diciembre de 2007, MARIO ALBERTO HUERTAS COTES informó lo siguiente:

‘El suscrito Mario Alberto Huertas Coles, tiene en la actualidad 384.108 acciones en la sociedad CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN SA que equivalen al 3,466% del total de las acciones emitidas por dicha sociedad, de conformidad con la certificación que me ha expedido sobre el participar su representante legal, documento que me permito acompañar a este escrito.

⁵ Mario Alberto Huertas Cotes e Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA eran accionistas de la compañía Concesión Santa Marta Paraguachón SA.

Expediente: 25000-23-26-000-2010-00161-02 (65.828)
Actor: Equipos y Cimentaciones SA y otros
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

El ingeniero Orlando Hernández Hernández no tiene participación accionaria alguna en la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón. Por su parte, ICEIN SA [Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA], representada legalmente por el ingeniero Orlando Hernández Hernández, tiene en la actualidad 400.650 acciones en la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón SA, que equivalen al 3,616% del total de las acciones emitidas por dicha Sociedad, de conformidad con la certificación expedida sobre el tema por el representante legal de esa sociedad que me permito acompañar a este escrito.’

Ante los hechos enunciados, procede la Entidad a verificar la normatividad consignada en el Pliego de Condiciones relativa a la presentación múltiple de propuestas por los proponentes.

Es así que el Pliego de Condiciones estableció: [sigue cita de los numerales 1.15.4 y 3.7 (literal d) del pliego de condiciones].

Ante lo cual es ineludible efectuar las siguientes conclusiones: el proponente MARIO ALBERTO HUERTAS COTES participa simultáneamente de las ofertas de CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007 y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III, dándose claramente la hipótesis normativa del numeral 1.15.4. En efecto, es evidente la participación de Mario Huertas Cotes como miembro directo en el CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III y en el CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007, y como socio propietario de acciones de la Concesión Santa Marta Paraguachón SA en la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III.

Lo anterior por cuanto la afirmación normativa contenida en el numeral 1.15.4 que establece como determinante para el rechazo la mera participación en dos o más ofertas sin establecer ninguna condición limitante a esa participación en grado o en magnitud, y esto es así porque la Entidad pretende con este texto evitar que un proponente tenga la posibilidad de obtener un beneficio no justificable derivado de la ventaja matemática que le daría el participar en múltiples ofertas, lo que claramente violentaría el principio de igualdad consignado en la Ley 80 de 1993. Al respecto ha expuesto la Corte Constitucional en Sentencia C-415 de 1994 que:

‘Se ha demostrado que la participación en una misma licitación de licitantes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a un riesgo alto que se frustren los dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos: igualdad de oportunidades para particulares y obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado.

Las razones expuestas le dan precedencia, en esta ocasión, a la defensa del interés general que se antepone a la igualdad.

Las limitaciones a la capacidad de las personas, como potenciales contratistas del Estado, si bien deben observar la regla de la excepcionalidad también han de dirigirse a concretar el interés superior del Estado uno de los cuales es el de poder seleccionar objetivamente la mejor propuesta. De esto último pueden surgir restricciones y variadas reducciones, cuya validez dependerá de su adecuada y razonable justificación y conexidad con dicho fin.’

Ahora bien, el análisis efectuado cubre también los supuestos normativos prescritos en el literal d) del numeral 3.7 ADMISIBILIDAD Y RECHAZO DE LAS PROPUESTAS, pues se da la participación del señor MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, por sí mismo en el caso del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III y del CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007, y por interpuesta persona (Concesión Santa Marta Paraguachón SA) en el caso de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III, en un mismo grupo.

De lo expuesto es ineludible concluir que la aplicación de las precitadas normas conduce al rechazo de las propuestas presentadas por CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007 y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III para los grupos 1, 2 y 5.

Adicionalmente, es necesario tener presente que los mismos supuestos normativos y de hecho aplicados a MARIO ALBERTO HUERTAS COTES son aplicables a ICEIN SA [Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA] por su participación en la Concesión Santa Marta Paraguachón SA, que conduce a la aplicación de la causal de rechazo antes invocada a las mismas propuestas a saber CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO FASE III, CONSORCIO VIAL TRANSMILENIO 2007 y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III para los grupos 1, 2 y 5.” (fls. 4.252 a 4.254 cdno. 7 - mayúsculas fijas del original y negrillas adicionales).

2) Ahora bien, sobre la base de las anteriores pruebas, se concluye que dos (2) de los integrantes del Consorcio Vial Transmilenio Fase III intervinieron de forma concurrente en más de una propuesta para obtener la adjudicación del quinto grupo de las obras objeto de la respectiva licitación, lo cual obligaba al rechazo de estas.

El pliego de condiciones previó, expresa y puntualmente, que el “*integrante de un consorcio [que] participe en más de una de una [oferta] por grupo causará el rechazo de todas las ofertas que incluyan su participación*”, además, también precisó que la participación “*en un mismo grupo [podía ser] por sí [mismo] o por interpuesta persona*”, en consecuencia, claramente le estaba vedado al mismo individuo participar por sí o por interpuesta persona en más de una propuesta.

3) La participación por sí mismo es la intervención personal –sin intermediarios– y por interpuesta persona se refiere a la hecha a través de otro individuo mediante los actos de un tercero.

4) El hecho de que una sociedad comercial, en los términos del artículo 98 del Código de Comercio, sea una persona distinta a sus socios no desdice la participación por interpuesta persona, por el contrario, una intervención de este tipo

precisamente requiere la presencia de un tercero –alguien distinto al otro participante–, característica que cumple la sociedad.

Cuando la sociedad opera lo hace como persona independiente pero, siempre en favor de los intereses de sus asociados pues, si una compañía obtiene algún provecho sus asociados también lo harán, en consecuencia, para lo que interesa al alcance de la causal de rechazo empleada por la entidad demandada, la participación por interpuesta persona en más de una oferta se configuraba con la presencia del socio y de la compañía en el mismo grupo de la licitación pública.

5) La causal no necesariamente debía enlistar en forma específica –por ser imposible– todos los supuestos de hecho o circunstancias fácticas que buscaba evitar, bastaba una descripción lo suficientemente clara que permitiera identificar las conductas o actuaciones no permitidas, entre las cuales estaba, precisamente, el hecho de la participación por interpuesta persona, la cual incluye la actuación a través de una sociedad en la cual se detenta la calidad de asociado.

Aunque aquí no se analiza la existencia de una inhabilidad lo cierto es que resulta ilustrativo el entendimiento dado a las normas que las prevén, en efecto, con ocasión de resolver un proceso de acción popular la Sección Tercera de esta Corporación concluyó lo siguiente en relación con el alcance del artículo 8⁶ (literal h) de la Ley 80 de 1993:

*“[N]o cabe duda en virtud de la consideración del criterio hermenéutico de que ‘cuando se puede lo más se puede lo menos’ si cabe la inhabilidad para un sujeto que es miembro de dos sociedades proponentes. **Si la ley reprocha el parentesco que pueda existir entre uno y otro de los proponentes, con mayor razón reprocha la situación que una misma persona natural sea miembro de dos sociedades proponentes y adjudicatarias.**”⁷ (resalta la Sala).*

6) En consecuencia, en el proceso de selección objeto de análisis la participación de una sociedad significaba la descalificación de las ofertas donde actuara alguno de sus asociados y viceversa.

⁶ “De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. 1°. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación”.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. 2005-00549-01(AP), CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Lo anterior no se sustenta en una interpretación extensiva de la causal, por el contrario, esta determinó, inequívocamente, que ninguna persona podía participar simultáneamente en más de una oferta, en otras palabras, nadie podía aspirar a la selección por más de una vía de presentación o de formulación de ofertas.

Aceptar lo contrario sería tanto como admitir, por ejemplo, que en la licitación podían presentarse tres (3) sociedades conformadas por el mismo socio y aun así no se incurriría en la causal de descalificación (*reductio ad absurdum*).

7) A diferencia del entendimiento que sustentó las pretensiones, el hecho de que la entidad demandada identificara que dos (2) individuos eran socios en una compañía que también participaba en la licitación no significó el levantamiento de facto del velo corporativo ya que, en ningún momento se responsabilizó a los asociados de algún fraude o engaño ejecutado a través de la sociedad y tampoco se les cargó patrimonialmente por algún acto de la compañía, la causal de rechazo ni siquiera requería el uso de medios desleales, bastaba la sola participación paralela de los integrantes en más de una propuesta.

8) Lo anterior sería suficiente para confirmar las pretensiones que negaron las pretensiones; no obstante, en un asunto con similitudes fácticas –se trataba de la descalificación del consorcio de los demandantes en el segundo grupo del mismo proceso licitatorio, sobre el cual versan los hechos de la demanda de este otro proceso, solo que en el expediente de la referencia se trata del quinto grupo de la licitación– la Sala⁸ sostuvo lo siguiente:

“13.1.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el contexto de las solicitudes de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades, se ha referido al término compuesto «interpuesta persona». En sentencia del 12 de abril de 2005⁹, dijo:

«De la norma transcrita se puede establecer que dentro de la prohibición constitucional caben dos situaciones: una la celebración directa por parte del congresista de contratos con entidades públicas o personas que administren tributos, y otra, la contratación del congresista por interpuesta persona, que tiene ocurrencia cuando otra persona, natural o jurídica, celebra el

⁸ En ese momento, la Subsección B de la Sección Tercera estaba conformada por los magistrados Martín Bermúdez Muñoz, Ramiro Pazos Guerrero y Alberto Montaña Plata, en aquella oportunidad la providencia fue aprobada con voto favorable de los dos primeros magistrados y salvamento de voto del último.

⁹ [cita original del texto] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de abril de 2005, exp. 2004-01300-00(PI), CP Ana Margarita Olaya Forero (E).

Expediente: 25000-23-26-000-2010-00161-02 (65.828)
 Actor: Equipos y Cimentaciones SA y otros
 Controversias contractuales
Apelación de sentencia

contrato por encargo o en provecho suyo, pero aparentando obrar en nombre propio, tal como lo ha señalado esta Corporación.».

13.2.- La Sección Primera del Consejo de Estado también ha señalado que una persona contrata por «interpuesta persona» cuando suscribe un contrato a través de una sociedad o cuando tiene el control de la misma, por ejemplo, cuando es el socio mayoritario. En sentencia del 14 de diciembre de 2004¹⁰, estableció lo siguiente:

«El criterio de la Sala Plena de la Corporación ha sido que una persona contrata a través de una sociedad o por intermedio de ella cuando tiene el control de la misma, bien porque sea socio mayoritario o por otra circunstancia que le habilite para dominar la sociedad y hacerla aparecer como contratista ocultando la relación real con el socio dominante.

Solo cuando una persona controla la sociedad de manera que pueda servirse de ella, tiene el poder de interponer a la sociedad para ocultar un contrato verdaderamente celebrado con ella. Este ha sido el criterio de la Sala Plena al sostener que el socio mayoritario controla la sociedad y es el verdadero contratista.».

14.- En el expediente no obra medio probatorio que demuestre que Mario Alberto Huertas Cotes y la sociedad Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA [Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA] tuvieron el control de la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón SA y que por lo tanto, hubieran actuado por interpuesta persona. Tampoco está probado que la sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón SA hubiere integrado la promesa de sociedad futura Constructora Bogotá Fase III SA, por encargo o a nombre de Mario Alberto Huertas Cotes y la sociedad Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN SA.”¹¹ (mayúsculas propias del texto original y negrillas adicionales).

En ese contexto, la Sala precisa que el sustento jurisprudencial empleado en aquella ocasión hacía referencia al alcance que debe tener la actuación contractual por interpuesta persona –tercero– en relación con las inhabilidades previstas en los artículos 180¹² (numeral 2) de la Constitución Política –en la primera providencia citada– y 43¹³ (numeral 4) de la Ley 136 de 1994 –en la segunda–.

¹⁰ [cita original del texto] Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de diciembre de 2004, exp. 2003-00267-01 (PI), CP Camilo Arciniegas Andrade.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de octubre de 2020, exp. 48.293, CP Martín Bermúdez Muñoz, con salvamento de voto de Alberto Montaña Plata.

¹² “Los congresistas no podrán: (...) 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.”.

¹³ “Inhabilidades: no podrá ser concejal: (...) 4. Quien haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción.”.

9) En relación con el primer pronunciamiento aludido en esa oportunidad, se advierte que la norma constitucional en comento tiene un ámbito de aplicación específico ya que pretende evitar “*el ejercicio abusivo de [la] condición congresal, que no es otro que el fin a que apunta la prohibición del precitado artículo*”¹⁴, es por lo que la actuación contractual por interpuesta persona prevista en el artículo se debe interpretar a partir de la finalidad que le es propia.

En esa medida, para que el parlamentario transgreda la prohibición prevista en la norma superior se requiere que tenga el control efectivo de la sociedad que utiliza para ocultar su participación pues, no podría abusar de sus prerrogativas a través de una persona ajena o que escapa a su manejo.

El sentido que tiene la expresión “*por interpuesta persona*” en el artículo 180 constitucional no puede extrapolarse al proceso de selección de contratistas para interpretar el pliego de condiciones, porque, en uno y otro escenario, el vocablo debe entenderse en conjunto con la finalidad específica de cada previsión.

Con fundamento en lo anterior, se advierte que el objetivo de la limitante prevista en los términos de referencia era impedir la participación simultánea de la misma persona en más de una oferta y para hacerlo no era indispensable que existiera control de la interpuesta persona –la sociedad–, bastaba la concurrencia del mismo individuo en más de una propuesta.

10) Ahora bien, respecto del segundo pronunciamiento citado en aquella otra ocasión, se encuentra que la inhabilidad legal –artículo 43 (numeral 4) de la Ley 136 de 1994 en su versión original– se configuraba por el hecho de celebrar un contrato dentro de los seis (6) meses anteriores a la inscripción como candidato para el respectivo concejo municipal, interponiendo para el efecto a una sociedad con el fin de ocultar al verdadero titular de la relación contractual.

Esa inhabilidad busca, principalmente, “*patrocinar el respeto y prevalencia de los intereses públicos y evitar que estos se vean afectados por la eventual utilización del cargo para obtener beneficios privados*”¹⁵, aunque, es cierto que “*la inhabilidad*

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de abril de 2005, exp. 2004-01300-00(PI), CP Ana Margarita Olaya Forero (E).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1412 del 19 de octubre de 2000, exp. D-2969, MP Martha Victoria Sáchica Méndez (E).

también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política”¹⁶.

La inhabilidad sí requiere el control efectivo de la interpuesta persona, sin esa característica el contratista difícilmente podría aprovechar electoralmente el hecho de ejecutar un contrato estatal ya que, la comunidad no lo identificaría con el beneficio derivado de la ejecución contractual, en contraste, para que se configurara la causal de rechazo aplicada en la licitación pública adelantada por la entidad demandada no se requería que el socio tuviera el control efectivo de la compañía interpuesta persona pues, la finalidad en ambos escenarios es distinta.

Para que se configurara la causal de rechazo era indistinto saber si la actuación por la interpuesta persona era subrepticia, torticera o mal intencionada, la única finalidad era preservar la igualdad de oportunidades entre los participantes.

11) Así las cosas, la Sala –con su actual composición¹⁷– se aparta del entendimiento expresado en aquella anterior oportunidad respecto de la causal de rechazo prevista en el pliego de condiciones, y precisa ahora que, para su configuración, no era necesario acreditar que el asociado tuviera el control efectivo de la sociedad que también participaba en la licitación, a diferencia del ámbito electoral donde sí es indispensable ese aspecto.

3. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA en el presente asunto no hay lugar a condenar en costas por cuanto la conducta de las partes no evidencia en modo alguno una actuación caprichosa, arbitraria o temeraria.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-618 del 27 de noviembre de 1997, exp. D-1692, MP Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ Debe advertirse que la composición de la Sala de Decisión de la Subsección B de la Sección Tercera varió por el vencimiento del periodo constitucional del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, ahora está conformada por los magistrados Martín Bermúdez Muñoz, Alberto Montaña Plata y Fredy Ibarra Martínez.

Expediente: 25000-23-26-000-2010-00161-02 (65.828)
Actor: Equipos y Cimentaciones SA y otros
Controversias contractuales
Apelación de sentencia

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,

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia de 24 de julio de 2019 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2º) Abstiénese de condenar en costas.

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)
Salvamento de voto

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022