**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Acto de adjudicación – Nulidad y restablecimiento del derecho**

Habría que decir también que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a las acciones procedentes, para confrontar los actos administrativos originados en la actividad contractual del Estado, dispone: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. PARAGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo. …Se observa, entonces que el artículo transcrito i) limitó la impugnación de los actos previos, generados en la actividad contractual al acto de adjudicación y ii) determinó en este último caso la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por lo que no hay duda sobre la procedencia de la acción y la oportunidad de su ejercicio.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Proceso de selección del contratista – Finalidad de la licitación pública – Pliego de condiciones – Obligatoriedad del pliego de condiciones**

Al llegar a este punto, vale precisar que la licitación pública se inicia con el llamado o convocatoria para lograr la libre concurrencia de los interesados a la selección del contratista que mejor satisfaga las condiciones del pliego, el que indicará en forma completa y precisa el objeto de la contratación, así como las características de los bienes, servicios u obras requeridas por la entidad contratante. Llamado que compromete a la convocante, por lo que la administración no podrá modificar el procedimiento de selección, previamente establecido, como tampoco el objeto o las características esenciales de los bienes y servicios requeridos. Los pliegos de condiciones fijan el marco que permitirá a la entidad escoger con criterio de objetividad al mejor oferente, en beneficio de la ejecución del contrato y de la satisfacción de los fines perseguidos por la administración –transparencia, selección objetiva e igualdad- conforme lo prevé el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Garantía de participación en igualdad de condiciones – Efecto vinculante – Pliego de condiciones como manifestación de voluntad de las entidades estatales – Modificación – Límites a la modificación del pliego – Evaluación de ofertas conforme al pliego de condiciones**

Disciplinadas entonces las etapas del proceso de selección y fijadas las condiciones que deberán satisfacer las propuestas, el proceso deberá garantizar una participación en igualdad de condiciones y la administración adjudicar el contrato a quien hubiere presentado la oferta más favorable; teniendo en cuenta los factores de escogencia, previamente establecidos, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, previa su ponderación precisa y detallada. Se trata de que la administración de cumplimiento a las normas que informan la estructuración de los pliegos, esto es, las condiciones y el contenido de las propuestas, pues su desconocimiento comporta una vulneración a las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ello de los principios de igualdad, participación, selección objetiva y transparencia. Lo anterior, porque el pliego constituye un acto de carácter general que contiene la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales que la actividad contractual de la administración comprende. En este panorama i) se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes en el proceso de selección y ii) solo puede ser modificado en las oportunidades y con los límites previstos en el estatuto contractual, con el conocimiento e intervención de los participantes. Por lo anterior, los procesos de selección habrán de i) eliminar o reducir al máximo criterios de subjetividad y ii) sujetarse a las reglas previstas en el pliego de condiciones, esto es al marco de evaluación previamente establecido sobre reglas claras, justas y completas. Sumado a que la adjudicación deberá ser precedida por el análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas.

**GOBERNADORES DEPARTAMENTALES – Competencia para celebrar contratos – Fundamento constitucional – Fundamento legal**

En los términos del numeral 9º del artículo 300 constitucional, corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas autorizar al Gobernador del Departamento a celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a estas, de lo que se sigue que dicha facultad comporta una atribución constitucional. Sin perjuicio que, el numeral 10 del artículo 60 del Decreto 1222 de 1986 -Código de Régimen Departamental, expedido en uso de facultades extraordinarias previó que correspondía a las Asambleas “10. Autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, pro témpore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas”.

**CAPACIDAD PARA CONTRATAR – Entidades públicas – Fundamento jurídico de la capacidad de las entidades estatales para celebrar contratos – Asambleas Departamentales y Concejos Municipales – Autorización a representantes legales de entidades territoriales**

En vigor de la disposición constitucional en comento, se expidió la Ley 80 de 1993, la que sabido es sujeta a las entidades estatales en materia de contratación, incluidas las del orden nacional, territorial y local, sin perjuicio del régimen privado y especial aplicable por excepción. Es así como, el artículo 6º, reconoce en las entidades estatales capacidad contractual para así mismo prometer y celebrar contratos, sin restricción distinta a las impuestas por la constitución y la ley. Ahora, con sujeción al principio de economía previsto en el artículo 25 del estatuto contractual, las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, pero añadió –numeral 11- que, en los términos de los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos. En cuyo caso no puede pasarse por alto que, conforme la reglamentación que sobre el particular expidan tales corporaciones, en ejercicio de las facultades constitucionales, no podrán, so pretexto de reglamentar el tema, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual o direccionarla en todos los casos.

**CAPACIDAD PARA CONTRATAR – Autorización a representantes legales de entidades territoriales – Límites a los actos de autorización – Regla general aplicable a los gobernadores y alcaldes**

Su facultad se limita a trazar las reglas aplicables al acto concreto relativo al trámite, señalando además, los casos en que se requiere autorización especial, sin entrar a regular aspectos a cargo de la entidad territorial. Esto es gobernadores y alcaldes no requieren de autorización expresa en todos los casos; al contrario gozan de facultades, salvo excepciones previamente establecidas, de lo que se sigue la capacidad general, con sujeción a los límites temporales y materiales preestablecidos. En efecto, sobre el particular la Sala de Consulta y Servicio Civil ha sostenido: LOS REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES NO PUEDEN ESTAR OBLIGADOS A SOLICITAR AUTORIZACIONES EN TODOS LOS CASOS EN QUE VAYAN A CONTRATAR-AUTORIZACIÓN GENERAL. La autorización de que trata el artículo 313, numeral 3, de la Carta, como ya se dijo, debe ser expresa, así sea general o para un determinado tipo de contratos, temporal o indefinida, y ella no consta ni se deduce del articulado de la normatividad presupuestal analizada. "Sin embargo, debe advertir esta Corporación que la atribución otorgada en la norma bajo estudio, siendo como es una función administrativa, sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza. Así, cualquier reglamentación efectuada por dichas Corporaciones, debe ser respetuosa del ámbito reservado constitucionalmente al Legislador, por lo cual no puede entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, etc., puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación...".- Sentencia No. C-738 del 11 de julio de 2001. "Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior "contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones". En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley. "Cuando la autorización para contratar no está dispuesta de manera general en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, el órgano representativo de elección popular, llámese Congreso, Asamblea, o Concejo, deberá conceder la autorización previa especial. Este tipo de autorización no necesariamente tiene que ser para cada contrato – aunque a veces la respectiva corporación se reserva el proceder de este modo, por razón de la naturaleza e importancia del contrato, como ocurre con los de empréstito -, pues es viable que la respectiva corporación proceda a autorizar la celebración de contratos con alcance general, como han solido hacer las asambleas y los concejos al expedir los respectivos códigos fiscales".

**DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – Exigibilidad – Contratación – Requisito – Entidad pública – Contratante – No se predica respecto de entidades estatales proponentes**

En los términos del numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. El numeral 13 del mismo artículo previó que las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. El razonable entendimiento de la norma significa que la reserva de la partida o disponibilidad presupuestal exigida al momento de la apertura de la licitación, comporte un requisito que se predica de la entidad contratante, pues ella es la dueña y beneficiaría de la obra que se pretende ejecutar, inclusive, en la mayoría de los casos, con recursos de la propia entidad, de modo que la disponibilidad presupuestal no es un requisito exigido a los proponentes, máxime si quienes ostentan dicha condición pueden tener la calidad de personas naturales o jurídicas públicas o privadas. Esto porque la apertura del proceso de selección es del resorte de la entidad contratante y ella es la encargada de direccionarlo, intervenirlo y controlarlo.

**PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA – Elementos esenciales – Carácter transitorio**

Bajo ese entendimiento si se ofertó constituir una sociedad anónima, no podía modificar el tipo de sociedad ofertada, la razón social, los partícipes de la sociedad, el objeto, la participación y el cumplimiento de la condición para la constitución de la sociedad, que tenía que ver en todo caso con la adjudicación del contrato. La Sala de Casación Civil y Agraria hizo una distinción sobre los elementos esenciales del contrato de promesa de sociedad que determinan su validez, que las partes deberán convenirlos, de aquellos que responden a su naturaleza. Esto, porque tratándose de un contrato de linaje mercantil deberá fijarse la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, en cuanto instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente. Ha dicho la Corte… Al respecto parece no existir desarmonía conceptual porque la doctrina unánimemente predica, incluyendo desde luego la jurisprudencia de la Corporación, que dicho contrato debe reunir, como es obvio, los requisitos esenciales que para su existencia y por principio general reseñan los ordinales 2º, 3º y 4º del art. 89 de la ley 153 de 1887, es decir, que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquéllos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el art. 1502 del Código Civil, según glosa que al numeral se hace; que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato y que se determine de tal suerte el contrato prometido, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

**PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA – Contrato preparatorio – Carácter temporal**

(…) la Corte en la sentencia de 13 de noviembre de 1981, luego de anotar que unos mismos principios orientan los contratos de promesa de compraventa civil y mercantil, acotó que no obstante la consensualidad que en aquella ocasión se dejó por averiguada, el contrato de linaje mercantil debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, porque siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran. De ahí la sanción anulatoria que en el marco del Código Civil se impone con respecto a aquellas promesas que no fijan la época de celebración del contrato prometido o lo dejan indeterminado, la cual cambiaría para la inexistencia en el régimen del Código de Comercio, pues se estaría, precisamente, frente a un negocio jurídico carente de uno de sus elementos esenciales (art. 898 inc. 2º del C. de Comercio). (…) Para llegar a la anterior conclusión, bastaría la información obtenida de la lectura del art. 861 del C. de Comercio, pues esta norma una vez declara el efecto obligacional del contrato de promesa, en su segunda parte estatuye que “La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”, esto es, a los requisitos y solemnidades que para su perfeccionamiento la ley establezca, lo que en otras palabras significa que el contrato prometido debe determinarse, especificarse o individualizarse en el contrato de promesa de manera completa e inequívoca, de modo tal que para su perfeccionamiento sólo quede faltando la tradición de la cosa o las solemnidades legales, que son las reglas y formalidades del caso en consideración a la naturaleza del contrato.

**PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA – Elementos esenciales – Deben aparecer en la promesa**

De ahí entonces, que necesariamente se deba concluir que sus elementos esenciales deben aparecer en la promesa, porque esta individualización sumada a la fijación de la época para la celebración, definen, según se explicó, el carácter preparatorio o transitorio de la promesa. En conclusión, como remate de esta parte del estudio, no resulta admisible frente a las más elementales reglas de la lógica jurídica, pensar en una promesa de celebrar un contrato sin que éste quede identificado cabalmente, esto es por sus elementos esenciales, porque en ese contrato la obligación de hacer carecería de objeto, o sea de prestación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02425-01(34652)**

**Actor: CB TRANSPORTES S.A. Y OTROS**

**Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS FERROVÍAS**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 1o de agosto de 2006, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección “B”, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

El 21 de agosto de 1998, las sociedades CB TRANSPORTES S.A., SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTA MARTA S.A., SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO S.A. (STF S.A.) y la sociedad TRANSPORTACIÓN MARITIMA GRANCOLOMBIANA S.A. por conducto de apoderado judicial[[1]](#footnote-1), solicitaron declarar la nulidad de la resolución n.° 0052 de 27 de enero de 1998, mediante la cual la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS–FERROVÍAS adjudicó la Licitación Pública n.° 01-97 a favor de la sociedad futura "FERROCARRIL DE LA PAZ S.A. - FEPAZ S.A.", relacionada con la concesión para la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura férrea de la Red Atlántica –folio 29 del cuaderno principal-.

**1.1. LA DEMANDA**

Conforme al texto de la demanda, la firma demandante pretende las siguientes declaraciones y condenas:

***PRIMERA:*** *Que se declare la nulidad de la resolución n.° 0052 de fecha veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferida por la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS-FERROVIAS, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 01-97-FERROVIAS a favor de la sociedad futura "FERROCARRIL DE LA PAZ S.A. -FEPAZ S.A.".*

***SEGUNDA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS-FERROVIAS, a pagar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los perjuicios sufridos por los aquí demandantes, por la no adjudicación de la Licitación Pública No. 01-97-FERROVIAS en su favor, perjuicios que están estimados en las utilidades dejadas de percibir, las cuales han sido estimadas en la suma de* ***CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL DIEZ Y OCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US $59.204.018,00),*** *suma liquidada a la tasa de cambio representativa del mercado, certificada por quien corresponda, vigente a la fecha del pago.*

***TERCERA:*** *Que para indemnizar el lucro cesante se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VIAS FÉRREAS-FERROVÍAS al pago de intereses sobre el valor del daño emergente a una tasa de interés igual a la certificada como tasa de interés bancario corriente por la Superintendencia Bancaria, desde la fecha de expedición de la Resolución No. 0052 de fecha veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998), proferida por la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS-FERROVÍAS, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública No. 01-97-FERROVÍAS a favor de la sociedad futura "FERROCARRIL DE LA PAZ S.A.-FEPAZ S.A.”.*

***CUARTA:*** *Que se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS -FERROVÍAS a dar cumplimiento a la sentencia en el término señalado por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.*

***QUINTA:*** *Que se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS -FERROVÍAS al pago de intereses comerciales por el término de seis (6) meses a partir de la ejecutoría de la sentencia e intereses moratorios a partir de dicho término, estableciéndose dichos intereses moratorios equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria.*

Para el efecto la actora puso de presente los siguientes hechos:

**1.-** FERROVÍAS contrató los servicios del Consorcio Socimer-lneco para estructurar un proceso de selección objetiva y contratación pública. Se trataba de entregar en concesión la Red Atlántica con el propósito de rehabilitar, conservar, operar y explotar la infraestructura férrea de carga por el término de treinta años. Así, mediante resolución n.° 1664 de 26 de diciembre de 1996 se abrió la Licitación n.° 01-97-, para la celebración del contrato, en los términos del Pliego de Condiciones. El 15 de octubre de 1997 se fijó como último día para la presentación de ofertas.

**2.-** Se presentaron dos propuestas, con cada uno se acompañaron los sobres contentivos de las ofertas técnica y económica, así:

**a.** Sociedad futura "Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A." (en adelante "FCA"), integrada por:

**-** CB TRANSPORTES S.A. (Chile)

**-** CB INVERSIONES COLOMBIA S.A. (Colombia)

**-** CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. (Brasil).

**-** TRANSPORTACIÓN MARÍTIMA GRANCOLOMBIANA S.A. (Colombia)

**-** SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTA MARTA S.A. (Colombia)

**-** GAS, PETRÓLEO Y DERIVADOS DE COLOMBIA S.A. PETROCOLOMBIA S.A. (Colombia), y

**-** SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERRIOVARIO S.A. – STF S.A. (Colombia).

**b.** La Sociedad Futura "Ferrocarriles de la Paz S.A.- Fepaz S.A. integrada por:

**-** DEPARTAMENTO DEL CESAR (Colombia)

**-** DEPARTAMENTO DE SANTANDER (Colombia)

**-** EMCARBON S.A. (Colombia)

**-** DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A. (España)

**-** FOMENTOS DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. (España)

**-** FENIT SERVIZI S.P.A. (Italia)

**-** RAIL INDIA TECHNICAL & ECONOMIC SERVICES LTD. (India)

**-** GRODCO S.C.A. (Colombia)

**-** CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A., CONDESA S.A. (Colombia)

**-** HY TECH FODNASS & COMPAÑÍA S.C.S. (Colombia)

**-** MADERAS SANTA BARBARA LTDA. (Colombia)

**-** TRANSGRANOS LTDA. (Colombia)

**-** SOCIETA TÉCNICA INTERNAZ1ONALE SOTECNI S.C.A. (Italia)

**3.-** El 20 de octubre de 1997, en ejercicio del derecho de petición, FCA solicitó copia de la propuesta presentada por FEPAZ y analizada solicitó su descalificación por vicios legales. Entre los señalados destacó:

**-** Falta de capacidad, en cuanto como FEPAZ no contaba con la autorización de los departamentos del Cesar y Santander y tampoco con apropiación presupuestal de los mismos entes territoriales para participar en la licitación, no habría lugar a la constitución de la sociedad de economía mixta.

- Inexistencia del proponente FEPAZ por ausencia del contrato de promesa de asociación futura, por incumplimiento de los requisitos del Código Civil, el Código de Comercio, la Ley 80 de 1993. Se advirtió también que su vigencia era menor a la exigida en el pliego de condiciones.

**-** Aunado a lo anterior se adujo, sin especificar, que se advertían más de cincuenta vicios y violaciones al pliego de condiciones, los que se ponían en conocimiento de FERROVÍAS en la misma oportunidad.

**4.-** FERROVIAS rechazó la solicitud de descalificación por improcedente, al tiempo que el 13 de noviembre de 1997 le solicitó a FEPAZ las siguientes aclaraciones:

4.1.- Si la autorización general contenida en la Ordenanza No. 010 de 1997, comprende la posibilidad de que el gobernador del Cesar pueda comprometer al departamento en los términos de la propuesta o si existen otras decisiones más específicas que precisen el alcance de tal autorización. Se solicitó también, considerar suficiente la autorización y explicar las razones que la sustentan.

4.2.- Estimó que el documento allegado no reunía las exigencias del pliego, en cuanto debió aportarse el acuerdo del consorcio, unión temporal o asociación y los estatutos sociales, en caso de tratarse de una persona jurídica o la promesa de sociedad. Ello en cuanto el documento no daba lugar a tener como cumplidos los requisitos previstos en el artículo 119 del Código de Comercio, sobre la promesa de constituir la sociedad de FEPAZ S.A.

**5.-** El día 27 de noviembre de 1997, FEPAZ dio respuesta a las aclaraciones solicitadas. En lo que tiene que ver con la autorización, sostuvo que *"La Constitución Nacional no exige que el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales deban autorizar de manera especial cada contrato que celebren, en su caso, la Nación, los departamentos y los municipios”*, tal y como ocurre con la ley anual de presupuesto. En cuanto al documento de promesa de contrato, al tiempo que consideró que el presentado incluyó con toda claridad la información sobre el tipo de asociación que los proponentes pretenden constituir, las normas de funcionamiento y la intención de asociarse, adjuntó un nuevo documento de promesa de constitución de sociedad anónima con fecha posterior al cierre de la licitación.

**6.-** El día 10 de diciembre de 1997, FCA presentó observaciones a las aclaraciones presentadas por FEPAZ, que encontró insuficientes. Al tiempo puso de presente que la incorporación del documento sobre el contrato de promesa de sociedad futura constituía una adición o modificación a la propuesta, de modo que su aceptación violaba el Pliego de Condiciones. Sostuvo que se consignaban elementos no contenidos en la propuesta que, en consecuencia, modificaban la original. Además, insistió en echar de menos la autorización expresa y previa de la Asamblea Departamental, pues el gobernador suscribió la Promesa de Sociedad cuando la Ordenanza no había sido expedida al igual que la disponibilidad presupuestal y la autorización para comprometer vigencias futuras. Se advirtió que se requerían tanto para suscribir la promesa de sociedad, como para comprometer los aportes, pues la falta de autorizaciones contraría las normas presupuestales.

**7.-** No obstante la existencia de graves vicios y violaciones del pliego de condiciones, por parte de la propuesta de FEPAZ, que determinaban su descalificación, el día 10 de diciembre de 1997, previa invitación a los proponentes, el Presidente de FERROVIAS abrió el sobre n.° 2 contentivo de su propuesta económica, violando el pliego de condiciones, en cuanto le permitió adicionar su propuesta, con la incorporación de nuevos documentos.

**8.-** FERROVIAS procedió con la apertura del sobre n.° 2, presentado por cada uno de los proponentes así:

**FCA:**

"AÑO Monto de aportes Montes de pagos

Solicitados a FERROVIAS Ofrecidos por Proponente

(En Dólares de U.S.A.) (En Dólares U.S.A.)

1998 14’000.000, 00 0

1999 31'100.000, 00 0

2000 28'000.000, 00 0

2001 25'000.000, 00 0

2002 25'000.000, 00 0

**TOTAL 123'100.000,00 0”**

**FEPAZ:**

AÑO Monto de aportes Montes de pagos

Solicitados a FERROVIAS Ofrecidos por Proponente

(En Dólares de U.S.A.) (En Dólares U.S.A.)

1998 0 0

1999 0 0

2000 0 0

2001 0 0

2002 0 100.000. 00

**TOTAL 0 100.000, 00”**

A la propuesta económica FEPAZ adjuntó el siguiente documento:

*"CONSIDERACIONES BÁSICAS DE NUESTRA OFERTA*

***1.*** *Nuestra oferta se ha hecho con base en las leyes vigentes a la fecha de presentación de la misma.*

***2.*** *Para efectos de nuestra oferta se han tomado en cuenta las condiciones de plazo y especificaciones de los contratos suscritos entre FERROVÍAS y otros constructores y/o operadores, conocidos de manera oficial, esto es, mediante el pliego de condiciones y sus adendos.*

***3.*** *Igualmente, parte de que FERROVÍAS, como propietaria que es y continuará siendo, de la vía férrea y su zona de seguridad, colaborará decidida y eficazmente para que el corredor que se entrega se mantenga en condiciones tales que puede garantizar el derecho de uso y explotación que otorga en concesión.*

***4.*** *Con el ánimo de dar cumplimiento a la rehabilitación de los tramos obligatorios para el primer año, conforme a lo establecido en los pliegos de condiciones, el proponente hará uso parcial de los estudios y diseños de la infraestructura que ofrece FERROVIAS, al igual que los relacionados con el medio ambiente, ajustándolos cuando sea necesario a las especificaciones exigidas en los pliegos de condiciones. Para los demás tramos, diferentes a los tramos obligatorios para el primer año, efectuará los estudios y diseños correspondientes año por año conforme al programa incorporado en el plan de obras ofrecido por el Proponente.*

***5.*** *Nuestra propuesta ha tenido en cuenta la reutilización o libre disposición por parte del concesionario de los materiales sobrantes de las obras de rehabilitación que se adelanten durante el período de concesión a lo largo de la totalidad del trayecto concesionado.*

***6.*** *Conforme a lo establecido en el numeral 3.26 del pliego de .condiciones, el proponente está dispuesto a firmar el contrato de concesión conforme a la minuta que fue incluida como anexo No. 21, en el entendido que su texto se ajusta a la constitución y a las leyes de la República de Colombia y permite obtener de las entidades financieras, la financiación requerida para la realización del proyecto, (firmado)".*

**9.-** Es por ello que el 10 de diciembre de 1997, FERROVÍAS solicitó a FEPAZ aclarar el documento denominado *"CONSIDERACIONES BÁSICAS DE NUESTRA PROPUESTA"*, en estos términos: *"resulta para FERROVÍAS necesario que se aclare, (…) el documento conocido en el día de hoy a raíz de la apertura del SOBRE DOS (2) de su propuesta, la interpretación que puede darse a dicha información, la que en nuestro parecer podría tener, entre otros, alguno de los siguiente sentidos*:

***(I)*** *que se está condicionando la oferta presentada por el proponente al cumplimiento de las proyecciones en materia de costos de inversión, de suerte que en el caso de presentarse sobre costos respecto del presupuesto enviado (sic) la oferta, ó bien no sería mantenida ó cumplida por el proponente la oferta técnica y económica presentada, ó bien se trasladarían a FERROVIAS los efectos de los sobre costos que pudiera llegar a sufrir el proyecto respecto de las proyecciones remitidas buscando compensaciones ó retribuciones que variarían en la práctica el valor final de la oferta económica presentada; ó* ***(II)*** *que dicha información fue remitida con carácter general, pudiendo considerarse irrelevante, y debiéndose entender que los documentos incluidos a folios 1154 a 1297, incorporada dentro de la documentación allegada en el SOBRE UNO (1) de la oferta presentada por FEPAZ S.A. (ASOCIACIÓN FUTURA) de aquellos documentos a los que debe dárseles el tratamiento previsto en el inciso 9°. Del numeral 3.13 del pliego de condiciones, en cuanto a no ser tenidos en cuenta para ningún efecto, caso en el cual le solicitaría manifestar de manera explícita".*

**10.-** El 13 de diciembre de 1997, FEPAZ dio respuesta a las aclaraciones solicitadas, así: *"Sin embargo, en atención a su solicitud, nos permitimos manifestar que la legítima, aun cuando irrelevante, consideración que hemos hecho no afecta en absoluto, ni la validez ni la firmeza de nuestra propuesta técnica y económica, cuyo cumplimiento nuestro grupo proponente está asumiendo como un compromiso incondicional, sin más remuneración o compensación que la prevista en el Pliego de Condiciones, dentro del marco legal vigente al momento de presentación de nuestra propuesta y las modificaciones que sufra dicho marco legal en cualquier sentido y materia, asumiendo de manera incondicional el compromiso de cumplir a cabalidad nuestra propuesta, tanto técnica como económica, independientemente de la obtención de financiación para el Proyecto antes de la suscripción del contrato de concesión",* peroFERROVIAS hizo caso omiso al condicionamiento de la propuesta económica de FEPAZ.

**11.-** La demandante presentó una queja ante la Procuraduría General de la Nación, en la que se puso en conocimiento las irregularidades mencionadas. El 21 de enero de 1998, el Procurador General de la Nación informó al Presidente de FERROVIAS:

*"Para su conocimiento, y con el objeto de que se adopten por parte de esa Entidad, las medidas jurídicas pertinentes, le envió una copia del informe suscrito por la doctora CLAUDIA CELINA RODRÍGUEZ TORRES, con fecha 20 de Enero de 1.998, el cual fue acogido por este despacho mediante auto de la fecha, documento en el que se advierte la presencia de posibles omisiones en las que al parecer incurrieron los entonces gobernadores de los departamentos del Cesar y Santander, doctores MAURICIO PIMIENTO BARRERA y MARIO CAMACHO PRADA, respectivamente, dentro de la propuesta que presentaron para la Licitación Pública No. 1 de 1.997, a nombre de "FEPAZ S.A.".*

**12.-** Lo anterior, sin perjuicio de que el 26 de diciembre de 1997, FERROVIAS puso a disposición de los proponentes el informe de evaluación de las propuestas técnica y económica. FEPAZ fue evaluado como primero y FCA como segundo, por lo que se formularon las observaciones dentro del término, consistente en i) la ilegal participación del departamento del Cesar en FEPAZ, ii) la inexistencia de proponente al momento de presentarse la propuesta, iii**)** el condicionamiento de la propuesta económica y iv**)** la indebida aceptación de parte de FERROVIAS de adiciones a la propuesta técnica.

**13.-** Los días 8 y 19 de enero de 1998, el Gobernador del Cesar solicitó a FERROVIAS.

***a.*** *"No avalar los documentos suscritos por el saliente Gobernador del Cesar en nombre del Departamento del Cesar en relación con FEPAZ y con la misma Licitación.*

***b.*** *Declarar la no existencia de compromiso alguno del Departamento para con los miembros de FEPAZ y para con FERROVIAS en relación con la sociedad futura de economía mixta FEPAZ.*

***c.*** *Abstenerse de participar en la conformación de FEPAZ por no disponer de apropiación o disponibilidad presupuestal para tal efecto.*

***d.*** *Revocar el poder otorgado al representante común de FEPAZ".*

**14.-** Sin tomar en cuenta lo anterior, mediante resolución n.° 0052 de 27 de enero de 1998, FERROVIAS adjudicó el contrato de concesión a FEPAZ. Esto es al margen del principio de selección objetiva, se adjudicó el contrato a la propuesta menos favorable, en cuanto se aceptó una propuesta económica artificialmente baja aunado a que se pasó por alto su propuesta alternativa.

**15.-** El 20 de mayo de 1997 integrantes de FCA presentaron ante la Procuraduría una petición de conciliación prejudicial, sin que se llegara a algún arreglo.

**16.-** Aunque el Pliego de Condiciones estableció el término de tres meses para suscribir el Contrato de Concesión, cumplido este, FEPAZ no había constituido la sociedad anónima, ni firmado el contrato de concesión, en cambio solicitó prórroga para suscribirlo.

**17.-**FERROVIAS, conforme dan cuenta las comunicaciones de 23 de abril, 4 de mayo y 12 de mayo de 1998, accedió la prórroga; empero FEPAZ solicitó término adicional, fundada en **a)** falta de entrega de la infraestructura por parte de FERROVIAS, **b)** que pendían legalizaciones de documentos relativos a la capacidad de participación de algunos de los miembros de FEPAZ y **c)** la constitución de la sociedad anónima sin la participación del departamento del Cesar. Se destaca en la demanda que lo acontecido habia sido puesto de presente por FCA, durante el proceso licitatorio.

**18.-** En ese orden, mediante resolución n.°0378 del 29 de mayo de 1998 y de las resoluciones n.° (s) 0395 y 0401 de 3 y 4 de junio de 1998, FERROVIAS resolvió:

*"DECLARAR el incumplimiento de la propuesta formulada por el proponente "Sociedad Futura Ferrocarriles de la Paz S.A. FEPAZ S.A." a FERROVIAS, por la omisión y falta de cumplimiento de los requisitos legales y necesarios para la firma y ejecución del contrato objeto de la presente licitación". "Con ocasión de la omisión y falta de cumplimiento de los requisitos legales y necesarios para la firma y ejecución del contrato objeto de la presente licitación por falta del proponente "Sociedad Futura Ferrocarriles de la Paz S.A. - FEPAZ S.A. – FEPAZ S.A. REVOCAR LA Resolución No. 0052 del 27 de enero de 1998, mediante la cual se adjudicó la presente licitación a la Sociedad Futura "Ferrocarriles de la Paz S.A. - FEPAZ S.A.", y, "HACER EFECTIVA la garantía de seriedad de la propuesta a la Sociedad Futura "Ferrocarriles de la Paz S.A. - FEPAZ S.A.".*

Con base en la relación fáctica, la actora encuentra demostradas las irregularidades incurridas en la adjudicación del contrato; particularmente que la propuesta de FCA además de ser la más favorable a los intereses de FERROVIAS cumplía con los requisitos exigidos. Esto es así pues i) todos y cada uno de sus miembros estaban y están facultados debidamente para presentar la oferta, suscribir el contrato de promesa de sociedad, hacer los aportes respectivos, participar en la licitación y ejecutar el contrato; ii) la experiencia fue acreditada en debida forma, tanto por el Asistente Técnico Contractivo, la sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A. (Miembro de FCA), como por el Asistente Técnico Operativo, Ferrocarril del Pacífico S.A. FEPASA; iii) la capacidad económica superó el mínimo establecido en el pliego de condiciones; iv) se presentó el plan de obras, atinentes a la rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía férrea entregada en concesión y v) la oferta contenía las legalizaciones, sellos, autenticaciones, trámites y demás requisitos, incluyendo la póliza de seriedad. En conclusión, según la demanda, su propuesta atendía a las necesidades propias del proyecto, garantizaba la continuidad del servicio público de transporte férreo y le daba tranquilidad a FERROVIAS de la consecución de los fines perseguidos. Particularmente en cuanto a la rehabilitación de la red en el término establecido, acorde con los requisitos del pliego de condiciones en los términos más favorable para FERROVIAS.

**1.2. INTERVENCIÓN PASIVA**

**1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

En auto de 13 de octubre de 1998, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda. –folio 131 del cuaderno principal-. La Empresa Colombiana de Vías-FERROVÍAS contestó oponiéndose a las pretensiones –folios 171 del cuaderno principal-, fundada en i) la voluntad de la administración expresada por los Gobernadores de los departamentos del Cesar y Santander para suscribir los contratos; ii) que no se requería la autorización de la asamblea departamental para crear la sociedad, pues ello se suple con las normas sobre constitución de sociedades de economía mixta, conforme el artículo 256 del decreto ley 1222 de 1986; sin perjuicio de que, tanto el departamento del Cesar como el de Santander disponían de una autorización general contenidas en las Ordenanzas n.° 10 del 7 de mayo de 1997 y n.° 001 de 1995 *“por el termino de tres años para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes de la entidad"* respectivamente . Además, mediante ordenanza 28 del 14 de octubre de 1997, el Gobernador del Cesar autorizó suscribir los documentos de constitución de sociedad futura o consorcio y participar en la licitación pública n.° 001/97 de Ferrovías. Aunado a que una cosa es suscribir un contrato de sociedad y otro de promesa de celebrarlo.

A lo anterior se agrega que los demás integrantes del consorcio cumplieron los requisitos exigidos en el pliego, respecto del contrato de promesa, el aporte de cada uno, la consecución del beneficio común, el reparto de ganancias o pérdidas y la intención de asociarse. De modo que las eventuales omisiones respecto de los requisitos del artículo 110 del Código de Comercio, en cuanto insustanciales no afectaron la promesa de constituir la sociedad, tampoco de la asociación para participar en la propuesta. Esto, sin perjuicio de que, la ley autoriza la participación bajo cualquier forma de asociación -artículo 32 de la ley 80 de 1993-. Además, como la promesa no se consideraba necesaria para la comparación de las propuestas, lo relativo a la misma no daba lugar al rechazo de los ofrecimientos.

Afirmó que la propuesta acogida no era artificialmente baja, como lo consideró el consorcio que asesoró a Ferrovías. Aunado a que no puede sostenerse que una oferta es artificialmente baja simplemente porque es inferior a la del competidor, tampoco a las estimaciones iniciales de la administración.

Aunque la parte actora aseguró que el Gobernador del departamento del Cesar no contaba con autorización expresa y previa para constituir la sociedad futura de economía mixta, a la par que lo calificó como de requisito indispensable, en los términos del artículo 256 del Código de Régimen Departamental; advirtió que la aludida autorización se debe exigir para la conformación de sociedades de economía mixta. No siendo el caso pues la participación oficial era inferior al cincuenta por ciento, de modo que no resulta aplicable el artículo 300 de la C.P.

El departamento participó en ejercicio de autorizaciones para contratar, general y específica. Última necesaria para constituir la sociedad y la otra *“para celebrar convenios y contratos con entidades de derecho público y privado, del orden internacional, nacional, Departamental y Municipal, para desarrollar programas y proyectos de interés y beneficio para el Departamento del Cesar"* y participar en el proyecto. En los términos de las ordenanzas 10 y 43 de 1997. En suma, el Gobernador del departamento del Cesar manifestó su decisión de participar en el proceso y de celebrar un contrato de promesa, de donde Ferrovías no podía pasar por alto ni desconocer tal voluntad. Además, acorde con el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *“cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este parágrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad, cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique”*. Siendo así es la adjudicación y no la promesa la que hizo surgir la obligación de constituir la sociedad.

Finalmente, no sobra señalar que la falta de disponibilidad presupuestal no constituye un caso de incapacidad legal. Y en lo que respecta al departamento de Santander, cabe asegurar que, en los términos de la ordenanza 001 de 1995, el Gobernador contaba con la autorización de celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes. Adicionalmente, mediante ordenanza n.° 28 del 14 de octubre de 1997, la Asamblea autorizó al gobernador para suscribir documentos de constitución de sociedad futura o consorcio, para participar en la licitación pública n.° 001/97 de Ferrovías y en caso de adjudicación, conformar la sociedad que asumiría las prestaciones ofrecidas. Esto sin perder de vista que las partes pueden ratificar los acuerdos, con efectos retroactivos, como aconteció en este caso. Además, el actor no precisó las falencias del contrato de promesa presentado por FEPAZ con entidad de generar su nulidad. Al margen de que si bien FEPAZ, en el término de aclaraciones presentó un nuevo documento de promesa, esto no desconoció el pliego de condiciones, pues cuando se presenta una propuesta bajo la modalidad de sociedad futura, es claro que la sociedad no existe pero existirá. Adicionalmente, Ferrovías consideró que el documento que se acompañó a la propuesta reunía los requisitos legales, en cuanto contenía los elementos esenciales del contrato. De modo que las falencias podían ser saneadas en los términos del Código de Comercio.

Es pertinente señalar que el documento contentivo del contrato de promesa no fue previsto como esencial en la propuesta. De modo que tampoco las correcciones modificaban la propuesta. En este punto precisó que la ley permite descalificar las ofertas pero por omisiones indispensables o necesarias para comparar las ofertas.

*“Finalmente, la propuesta en sí misma, generaba un vínculo jurídico frente a Ferrovías, el cual no podía ser desconocido por los proponentes. No sobra señalar que en virtud del principio del efecto relativo de los contratos, el contrato de promesa sólo obliga a quienes lo celebran. Por consiguiente, los derechos de Ferrovías no derivan del contrato de promesa sino de la oferta que a dicha entidad se presentó, la cual se ajustaba a la ley.*

Tampoco cabe considerar ilegal que Ferrovías, sin perjuicio de las obligaciones del concesionario, colabora con el mantenimiento y explotación de la vía férrea, en cuanto la sola colaboración no releva al contratista de sus responsabilidades.

En cuanto a que Ferrovías no se pronunció sobre la comunicación del Gobernador del departamento del Cesar, que advertía irregularidades, no puede olvidarse que la oferta vinculaba al ente territorial en todo caso.

Respecto de las medidas necesarias para resolver los obstáculos, a pesar de la comunicación de la Procuraduría que en la demanda se echan de menos, pone de presente que tuvo en cuenta las observaciones del ente de control y evaluó sus consecuencias. Cosa distinta es que no las compartiera dada la seriedad de la oferta de FEPAZ. Además, el solo hecho de que hubiese una oferta alternativa no descalifica las otras. Para el proponente siempre es más favorable la propia y es apenas razonable que insista en ella, pero tal circunstancia en manera alguna significa que el beneficio ofrecido por la otra resulte artificial. Tampoco el incumplimiento posterior lo confirma, particularmente cuando lo sucedido demuestra que no se firmó el contrato por desavenencias entre los partícipes de FEPAZ, esto es la futura sociedad. La calificación de artificialmente baja, no pasa de ser una afirmación de la demanda sin sustento, pues el solo hecho de que FEPAZ no hubiera solicitado aporte estatal, no significa que no consultara el pliego.

A manera de excepciones propuso la de inexistencia del derecho y la de cumplimiento de la ley y del pliego. Esto es, sostuvo que las sociedades demandantes no pueden acceder a los perjuicios reclamados, por cuanto no tenían derecho a la adjudicación.

**1.3 ALEGATOS PRIMERA INSTANCIA**

**1.3.1. PARTE ACTORA**

El consorcio demandante insistió en sus pretensiones –folio 862 del cuaderno principal n.º 2-, sostuvo que la administración no consultó los principios de transparencia y selección objetiva, si se considera que permitió a FEPAZ adicionar la propuesta. Esto es así porque en el término de aclaraciones se le solicitó *“precisar y aclarar de manera univoca y en términos inequívocos si en su concepto la autorización general contenida en la Ordenanza No. 010 de 1997 le brinda al Gobernador del Cesar la capacidad jurídica necesaria para comprometer al Departamento en los términos en los que hace la propuesta presentada e informar si existen otras decisiones complementarías más específicas que precisen el alcance de tal autorización caso en el cual le solicito allegar los documentos correspondientes con su aclaración. En caso de considerar suficiente la autorización ya conferida, le solicito explicar detalladamente las razones que sustentan su posición (...)"*, de donde es claro so pretexto de aclarar se le permitió modificar y completar la oferta. Sustenta su aserto en que en la propuesta original se puede observar que i) la inexistencia del proponente, si se considera que los departamentos no tenían capacidad para obligarse a participar en la asociación de 'promesa de sociedad futura”, en cuanto no se presentaron las autorizaciones previas y expresas de sus asambleas departamentales, necesarias para constituir sociedades de economía mixta, ni la apropiación presupuestal de los entes correspondientes. A lo que se agrega, la propuesta económica condicionada, lo que se desprende del documento denominado **"Consideraciones Básicas de Nuestra Oferta".** En esta se señaló, expresamente, que se firmaría el contrato de concesión "en el entendido" de que con el mismo se obtendría la financiación del proyecto, lo que no está permitido por la ley; a lo que se suma que el 1º, 10 y 19 de enero de 1998, el Gobernador del Cesar manifestó que no avalaba los documentos suscritos por el saliente mandatario, por lo que a continuación se abstuvo de participar en la conformación de FEPAZ, por falta de apropiación presupuestal para tal efecto, para finalmente revocar el poder otorgado al representante común de la sociedad futura. Además, está probado que dos de las sociedades que conformaban FEPAZ (Dragados y Construcciones S.A. y Fomentos de Construcciones y Contratas S.A.) manifestaron que sin la participación del departamento del Cesar se retiraban del proceso, por lo cual sólo nueve (9) de las trece (13) sociedades suscribieron la escritura de constitución de FEPAZ. De modo que el contrato fue adjudicado a pesar de las irregularidades presentadas, esto es, la falta de capacidad del proponente y la ausencia de requisitos de la propuesta, así como el claro condicionamiento de la misma. Recordó que las actuaciones de los entes territoriales se someten al principio de legalidad, de modo que, aún para la suscripción del contrato de promesa de sociedad, se requería autorización previa y expresa. Es así, como el departamento del Cesar no se encontraba autorizado para participar en la promesa, ni en la sociedad misma, por lo que habría que concluir que tampoco la entidad territorial podía participar en la oferta.

En lo que tiene que ver con el departamento de Santander, el Gobernador comprometió a la entidad territorial sin acto o norma jurídica que lo permitiera, si se considera que en la Asamblea Departamental cursaba la autorización, aprobada siete (7) días después de la oferta del departamento sobre la supuesta promesa de sociedad futura. Esto es, la participación se efectuó con base en la ordenanza general 001 de 1995, insuficiente. Esto sin perjuicio de que las entidades territoriales tampoco contaban con disponibilidad presupuestal para suscribir y pagar un capital accionario en FEPAZ. Siendo así, concluye la falsa motivación del acto de adjudicación demandado, pues desconoció el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución Política y los artículos 258, 259 y 261 del Código de Régimen Departamental.

Lo anterior si se considera que para efectos de presentación de la propuesta, la modalidad de promesa de sociedad futura exigía comprometerse con la totalidad de los elementos esenciales del negocio, en este caso, el contrato de sociedad -artículos 110 y 119 del Código de Comercio-, en tanto el proponente FEPAZ presentó un documento que carecía de los elementos esenciales dando lugar a la inexistencia del compromiso; pues no bastaba la propuesta económica, para comparar las propuestas, sino la existencia y capacidad del proponente. Aceptar lo contrario sería violar el principio de igualdad de oferentes quienes amparados en la obligatoriedad de las condiciones del pliego establecido, debían presentar ofertas acordes con la documentación exigida. Sostuvo “*la amplitud de interpretación que expone la defensa es inaceptable en tratándose de procesos de selección adelantados por las entidades públicas, por cuanto una vez elegida con antelación a la presentación de la propuesta determinada asociación, debe cumplirse a cabalidad con los requisitos exigidos para la respectiva asociación, por cuanto es diferente el análisis que por ejemplo se hace de una promesa de sociedad futura o de un consorcio o de una unión temporal*.

*Estas formas de asociación tienen diferentes requisitos y por ende no es aceptable la teoría de la conversión que propone la defensa. La defensa nunca probó, lo cual es perfectamente comprensible toda vez que no existe documento que así lo pueda acreditar, que hubiese existido la intención del proponente FEPAZ de acoger cualquier otra modalidad de asociación.*

*En este sentido, no es dable ni aceptable, el pretender presentar una oferta o propuesta bajo una condición diferente a la establecida en el Pliego de Condiciones y la ley, por cuanto no es cierto que la ley admita "la presentación de propuestas por un número plural de personas bajo cualquier modalidad de asociación, formal o informal, regular o irregular", como lo argumentó FEPAZ. Dicha, interpretación dada por FEPAZ S.A., no es más que una interpretación alejada de la ley y de los principios jurídicos aplicables, la cual no puede haber inducido a FERROVIAS a desconocer la realidad jurídica.*

*Si por el contrario, el Pliego de Condiciones hubiese sido permisivo en este sentido, el numeral 1.7.4 no tendría razón de ser y FERROVIAS hubiese establecido en el Pliego de Condiciones dicha alternativa. Pero no lo hizo debido a que la ley no se lo permite, porque de lo contrario, la entidad pública no tendría un vínculo jurídico cierto y exigible para proseguir con el proceso Imitatorio (sic) y contractual.*

*Tal y como están consagrados los requisitos del Pliego de Condiciones en cuanto a la condición de proponente bajo la modalidad de asociación, éste la limitó al cumplimiento de un requisito esencial: la suscripción de un contrato de promesa de constitución de una sociedad, lo cual en el caso de la propuesta de FEPAZ no ocurrió.*

*En conclusión, y tal y como fue probado, la promesa de sociedad era un requisito esencial de la propuesta no subsanable por parte del proponente, y por ende no le era permitido a la entidad pública aceptar ni solicitar un documento adicional en dicho sentido, lo cual constituye una clara ilegalidad por parte de la entidad pública al haber señalado en el acto demandado "el documento que da soporte a la forma jurídica bajo la cual el grupo proponente ejecutará el contrato - factor que es determinado precisamente mediante la oferta de constituir una sociedad futura -, si bien forma parte de la propuesta, no es calificado por la ley como uno de sus elementos esenciales, por lo cual es posible, en criterio de esta entidad y siguiendo claros dictados de la Ley 80 de 1993, solicitarlo con posterioridad al día señalado para la entrega de los componentes esenciales de la propuesta".*

*La motivación desarrollada por FERROVIAS en el acto acusado para sustentar su posición de considerar no esencial la promesa de sociedad como modalidad de participación en una licitación, así como la de considerar que el documento presentado con la propuesta, cumple con el ordenamiento comercial y civil, es flagrantemente errónea, debido a que viola las claras disposiciones del Pliego de Condiciones y de la ley 80 de 1993.*

*Adicionalmente, la aceptación de un documento que manifiestamente adicionó la propuesta de FEPAZ constituyó una violación clara, por parte de FERROVÍAS, al principio de igualdad de los proponentes consagrado el parágrafo del articulo 30 de la ley 80 de 1993.*

En lo que tiene que ver con el condicionamiento de la propuesta sostuvo:

*Es decir el pliego no permitía presentar una propuesta sujeta a un condicionamiento, tal y como efectivamente ocurrió con la propuesta del proponente FEPAZ, lo cual ha quedado demostrado en el expediente.*

*En efecto, la propuesta económica de FEPAZ, fue hecha con base**en una solicitud de cero dólares de los Estados Unidos de América (US$0,00) de aporte estatal durante los cinco años de rehabilitación, más un aporte de FEPAZ a FERROVIAS de cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US$100.00,00) en último año de rehabilitación. Sin embargo, el formato en el que debía ir la propuesta económica conforme lo señalaba el pliego de condiciones, fue "extrañamente" acompañado de un documento denominado "Consideraciones Básicas de nuestra oferta".*

*Señala la defensa que el hecho de que se diga “que entienden que el contrato permite financiación del proyecto no significa condicionamiento dentro del contexto de la propuesta y el contrato". Qué pasa entonces si suscrito el contrato, el concesionario no hubiera obtenido el financiamiento correspondiente habiendo efectuado tal afirmación y consideración. Es claro que bajo el precepto del art. 32 de la Ley 80 los contratos de concesión se ejecutan por cuenta y riesgo del concesionario.*

*Pues la respuesta es sencilla: la entidad se vería abocada al restablecimiento del equilibrio económico del contratista, puesto que desde el momento en que se suscribió el mismo, el concesionario advirtió y señaló el condicionamiento relativo a que el contrato permitía el financiamiento. Con lo anterior, se desplazó la carga de la obtención de financiamiento a la literalidad del contrato, cuando ella debía corresponder al análisis previo y juicioso que debía realizar el proponente y en el evento de encontrar obstáculos que impidieren el financiamiento lo debió advertir en el plazo correspondiente de aclaraciones al pliego de condiciones y a la minuta de contrato.*

*En este orden de ideas, ni FEPAZ ni FERROVIAS son entidades financieras que puedan determinar si la estructura del contrato de concesión, tal y como está planteado, sea viable desde el punto de vista financiero. En tal sentido el desarrollo de la concesión está supeditada a la consecución oportuna y suficiente de los recursos para la rehabilitación de la vía y su posterior operación, estudio que debió haber sido acometido por FEPAZ con antelación a la presentación de su oferta o de lo contrario no hubiera tenido que hacer la consideración básica señalada.*

*Si el contrato hubiese sido suscrito con la aceptación de dicho condicionamiento, se habría generado un riesgo para FERROVIAS relativo a que si las entidades financieras consideraren de alto riesgo la ejecución del contrato de concesión, dicho rechazo subordinaría el cumplimiento de la obligación de FEPAZ bajo el contrato, al condicionar la propuesta, FEPAZ estaba generando que los riesgos de la ejecución del contrato de concesión se compartieran con FERROVIAS. Aceptar esto por parte de FERROVÍAS fue una clara violación de los preceptos legales establecidos de la ley 80 de 1993 y del pliego de condiciones.*

*Dicho condicionamiento fue reiterado en la respuesta que otorgó FEPAZ a la solicitud de aclaraciones efectuada por FERROV1AS, en la cual manifestó "... asumiendo de manera incondicional el compromiso de cumplir a cabalidad nuestra propuesta tanto técnica como económica, independientemente de la obtención de financiación para el Proyecto* ***antes*** *de la suscripción del contrato de concesión".*

**1.3.2. PARTE DEMANDADA**

LA EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS-FERROVÍAS presentó sus intervenciones finales –folio 760 del cuaderno principal n.º 2-. En su criterio, la propuesta de FEPAZ resultaba más favorable para la entidad, contrario a lo que ocurrió con la oferta de la parte actora, pues esta solicitaba aportes del estado por US 123.100.000 a valor presente; contrario a lo que sucedía con la adjudicataria que no los exigía.

*Sostuvo que la entidad estatal realizó cuidadosamente la evaluación de las propuestas y solicitó las aclaraciones que consideró indispensables. FEPAZ presentó una serie de explicaciones que obran en el expediente. Igualmente acompañó varios documentos. Al respecto el pliego de condiciones disponía:*

*"La omisión de cualquiera de los documentos descritos en el numeral 3.14.1 del presente pliego, que se refiere al contenido del SOBRE 1, será causal de rechazo de la propuesta, salvo que el mismo sea aportado a solicitud de FERROVIAS.*

*"Se entenderá por omisión, la ausencia física de los documentos, o la ausencia de cualquiera de los elementos, información o contenido que debe tener cada documento, de acuerdo con lo dispuesto en el presente pliego.*

*"FERROVIAS se reserva el derecho de requerir aclaraciones o solicitar información complementaria; caso en el cual EL PROPONENTE tendrá un plazo de tres (3) días hábiles para responder al requerimiento".*

*Así las cosas, era perfectamente lícito que se aportaran documentos en la etapa de calificación, siempre y cuando ellos no afectaran el principio de transparencia.*

*Así mismo, como quiera que en el Sobre No 2; se incluyó un documento en el cual el proponente hacía una serie de consideraciones, FERROVIAS por comunicaciones Nos 01059 y (sic) del 10 de diciembre de 1997 dirigidas a FEPAZ, hizo referencia a las consideraciones y solicitó "un pronunciamiento inequívoco en el sentido de aclarar si tales presupuestos, interpretaciones unilaterales del sentido de los pliegos o de la ley aplicable y afirmaciones, son condiciones a cuyo cumplimiento se encuentra subordinado su compromiso de cumplir con la ejecución del plan de obras de rehabilitación y con la oferta presentada, o si se acata el texto del Pliego, tal como aparece, sin condicionamientos de ninguna clase". Por comunicación del 12 de diciembre de 1997, FEPAZ se pronunció sobre la solicitud de Ferrovías, analizando el alcance de cada una de las consideraciones, para precisar que las mismas no tenían por objeto condicionar el contrato.*

*Finalmente, como ya se dijo, FERROVIAS adjudicó el contrato al consorcio FEPAZ.*

En cuanto a la falta de capacidad del departamento del Cesar para participar en FEPAZ, sostuvo:

*El argumento fundamental del actor a este respecto consiste en que el Gobernador no contaba con autorización para participar en una sociedad de economía mixta y que la ordenanza presentada por el Departamento para participar en la sociedad futura no es previa y específica como lo exigen los artículos 300, numeral 7°, de la Constitución Política y 258, 259 y 261 del Código de Régimen Departamental.*

*Al respecto, lo primero que debe observarse es que es necesario distinguir la propuesta presentada a Ferrovías, la cual tenía por objeto la celebración de un contrato de concesión, y la forma como los proponentes iban a desarrollar dicha propuesta, lo cual sería a través de un contrato de sociedad.*

*Es claro que para celebrar el contrato de concesión, el Departamento no requería autorización adicional a aquella que tenía. Por su parte el contrato de sociedad sería celebrado entre los proponentes, del mismo no era parte Ferrovías. Por consiguiente, Ferrovías no tiene porque verse afectada por el hecho de que el Departamento no cumpliera los requisitos para celebrar el contrato de sociedad. La tesis del actor implicaría que si una empresa presenta una propuesta a una entidad pública para construir una obra, si dicha empresa celebra un contrato con un tercero para cumplir esa propuesta, podría invocar la invalidez de este contrato para escapar a la obligatoriedad de su oferta. Es claro que dicha tesis es inadmisible. Quien presenta una propuesta se obliga a realizar todos los actos necesarios para cumplirla, sin que pueda invocar actos de terceros. Así ha sostenido tradicionalmente la jurisprudencia y doctrina, que una persona no puede pretender exonerarse del cumplimiento de su contrato alegando el hecho de las personas a las que ella acude para cumplirlo….*

*Lo anterior es suficiente para desvirtuar las acusaciones del actor. Sin embargo, si ello no fuera así, es necesario considerar lo siguiente;*

*El actor invoca las normas que contemplan que corresponde a la asamblea determinar la estructura de la administración y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Es el caso de los artículos 300 de la Constitución Política y 58, 259 y 261 del Código de Régimen Departamental.*

*Todas estas normas se refieren a la creación de sociedades de economía mixta y a la modificación de la estructura de la administración.*

*Desde este punto de vista, es pertinente advertir que del contrato de promesa no surge una sociedad, y por ello, tal acto no implica entonces la modificación de la estructura de la administración departamental. En efecto, debe distinguirse el contrato de sociedad del de contrato de promesa. Una cosa es celebrar el contrato de promesa, por el cual las partes se obligan a celebrar el contrato de sociedad, el cual sólo genera obligaciones de hacer, y otra bien distintacelebrar el contrato de sociedad, del cual surge la persona, jurídica.*

***(…)***

*Así las cosas, si el contrato de promesa es distinto al contrato de sociedad y si aquél no requiere los mismos requisitos que éste, no es posible simplemente afirmar, como lo pretende el demandante, que para celebrar el contrato de promesa referido era necesario que ya existieran las autorizaciones para constituir sociedades de economía mixta. Además, estas autorizaciones legalmente podían obtenerse posteriormente, cuando hubiera lugar a constituir la sociedad.*

*A lo anterior vale la pena agregar, desde el punto de vista de la ley 80 de 1993, que la sociedad de economía mixta no puede surgir por razón del contrato de promesa sino por razón del contrato de sociedad y por ello los requisitos de que se duele el actor eran referidos al contratante y por ello no eran exigibles al momento de evaluar las propuestas, sino al celebrar el contrato adjudicado, pues el mismo debía ser concluido con la sociedad. En efecto expresamente la ley dispuso que "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos".*

*De otra parte, debe observarse que el proceso licitatorio que se adelantaba tenía por objeto celebrar un contrato de concesión de la vía férrea. De esta manera, lo fundamental era la celebración del contrato de concesión. La sociedad que se previó constituir sólo tenía por objeto servir de instrumento para la ejecución del contrato, por lo cual, en últimas, sino se constituía - la sociedad quienes habían presentado la propuesta comprometían su responsabilidad. En efecto, quienes ofrecen constituir una sociedad se obligan a ello y a que la sociedad celebrará el contrato y prometen el hecho de un tercero, lo cual compromete su responsabilidad de conformidad con el artículo 1507 del Código Civil que dispone: "Siempre que uno que los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa"*

*Por consiguiente, desde esta óptica, lo fundamental era la autorización para celebrar el contrato de concesión, pues la sociedad sólo era un medio para ello.*

*Ahora bien, por ordenanza No 010 de 1997, el Departamento del César fue autorizado "para celebrar contratos con entidades de derecho publico y privado" Esta misma ordenanza dispuso: "Facultase al señor Gobernador del departamento del Cesar para efectuar las operaciones presupuéstales que se requieran para el cumplimiento de los objetivos propuestos en la presente Ordenanza". Esta autorización genérica-claramente incluía los compromisos que asumió el Departamento al presentar la oferta.*

*Adicionalmente, la Asamblea Departamental expidió la Ordenanza 043 de 1997 el 19 de diciembre de 1997 en la cual se dispuso:*

*"ARTICULO PRIMERO. Autorizar al Gobernador del Departamento del César para conformar la sociedad que asumirá frente a FERROVIAS las obligaciones que de ella se deriven.*

*"ARTICULO SEGUNDO: otorgar al Gobernador del Departamento del César, amplias facultades para definir participación accionaría del departamento, en la respectiva sociedad o consorcio.*

*"ARTICULO TERCERO: Facultar al gobernador del Departamento del Cesar, para realizar las diligencias pertinentes, tendientes a realizar las apropiaciones presupuéstales y todas las gestiones que sean necesarias para el cumplimiento de las obligaciones que adquiera frente a la respectiva sociedad o consorcio y frente a la Empresa Colombiana de Vías Férreas.*

*"ARTICULO CUARTO. La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su expedición.".*

*Vale la pena destacar que la mencionada Ordenanza fue publicada en la Gaceta Departamental No 552 del 4 de febrero de 1998.*

*De esta manera, si se llegara a concluir que era necesario que existiera la autorización de la asamblea dentro del proceso licitatorio, es claro que dicha autorización existió. Si bien la autorización específica para conformar la sociedad fue posterior a la presentación de las ofertas, ello en manera alguna podía dar lugar a rechazar la oferta, pues se trataba de un aspecto que no era relativo al contrato de concesión y era subsanable, y por ello no podía dar lugar a un rechazo, tal y como lo ha explicado la doctrina….*

En lo que toca con la falta de disponibilidad presupuestal del departamento del Cesar, manifestó:

*En primer lugar, debe distinguirse entre el contrato que se celebraría con Ferrovías como consecuencia de la licitación, y el contrato que los proponentes celebrarían entre ellos para ejecutar aquél contrato.*

*La falta de disponibilidad presupuestar que alega el demandante se refiere al contrato de sociedad y no al contrato de concesión. Siendo así las cosas, los efectos de la eventual falta de disponibilidad presupuestal, no tiene porque afectar a Ferrovías, porque no se refieren al contrato que se celebraría con ella. Admitir la tesis del demandante,  implicaría aceptar que si una parte presenta una propuesta a una entidad pública y para desarrollar el contrato, consecuencia de dicha propuesta, celebra uno con un tercero, podría invocar la invalidez, de este último contrato para escapar a las consecuencias de la obligatoriedad de su propuesta. Es claro que esta conclusión es inadmisible.*

*Pero si lo anterior no fuera suficiente, debe observase que de conformidad con el artículo 300 de la Constitución Política corresponde a las asambleas departamentales:*

*"5. Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos".*

*Es por ello que el artículo 109 de la ley orgánica establece:*

*"Artículo 109. Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente".*

*Así las cosas, la ejecución de los presupuestos de las entidades departamentales se sujeta a las normas que expiden las asambleas departamentales, y sólo si ellas no las expiden se aplica la ley orgánica de presupuesto.*

*De este modo, no es posible considerar que exista una violación directa de la ley orgánica de presupuesto, pues la misma no es necesariamente aplicable al caso. Por lo demás, el hecho de que las normas orgánicas departamentales deban aplicar los mismos principios de la ley orgánica de presupuesto, no significa que su contenido deba ser idéntico, por lo cual no se puede, sin más, como lo pretende el actor, afirmar que todo acto que parezca no ajustarse a la ley orgánica de presupuesto, a nivel nacional, igualmente viola las normas orgánicas de presupuesto a nivel departamental. Si ello fuera así no existiría la facultad para las asambleas de adoptar su estatuto orgánico de presupuesto.*

*(…)*

*Así las cosas, y dado que le corresponde al actor desvirtuar la presunción de legalidad del comportamiento de la entidad estatal, y no invocó ni acreditó las normas departamentales violadas, su cargo no puede prosperar.*

***(…)***

En cuanto a la falta de capacidad del departamento del Santander para participar en FEPAZ, sostuvo:

*En cuanto se refiere al Departamento de Santander, el demandante hace consideraciones análogas a las que realizó frente al Departamento del César y que por las mismas razones no están llamadas a prosperar.*

*Señala el demandante que cuando se suscribió el contrato de promesa, la autorización para suscribirlo por parte de la asamblea departamental se encontraba en trámite pues estaba en segundo debate. Lo cual implica, en su opinión, que el Gobernador comprometió al Departamento sin norma que lo autorizara.*

*Lo primero que debe observarse es que el demandante no niega la existencia de un acto de autorización por parte de la Asamblea Departamental, sino que lo que señala es que cuando se suscribió el contrato de promesa tal autorización no existía.*

*Como ya se dijo, tal autorización no es necesaria para celebrar un contrato de promesa, pues lo que la ley y la Constitución Política disponen es que se requiere autorización de la asamblea para crear sociedades de economía mixta y tales sociedades no surgen por virtud de la firma del contrato de promesa, sino del contrato de sociedad.*

*Además, igualmente si bien corresponde a la asamblea modificar la estructura de la administración departamental, dicha estructura no se ve alterada por el hecho de que se celebre un contrato de promesa, sino por la celebración misma del contrato de sociedad.*

*Por lo demás, desde el punto de vista de la ley de contratación estatal se trata de un requisito relativo al proponente o al contrato futuro, que de conformidad con el claro texto del artículo 25, numeral 15, de la ley 80 de 1993 no permiten descalificar una oferta.*

*En todo caso, en el proceso obra copia de la Ordenanza No 28 del 14 de octubre de 1997, por la cual se otorgó la autorización respectiva.*

*De esta manera, si hubiera un vicio, el mismo fue subsando (sic) con efectos retroactivos.*

En cuanto a la violación de los numerales 1.71. y 1.74 del pliego de condiciones y del parágrafo 2o del artículo 32 de la ley 80 de 1993, manifestó:

*La parte demandante sostiene que de conformidad con el pliego cuando se optara por la alternativa iii) del numeral 1.7.1 del mismo, debía celebrarse un contrato de promesa de sociedad y que por ello la existencia de dicho contrato en tal caso era esencial, por lo cual no es admisible otra forma de asociación, Lo anterior es concordante con el parágrafo del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Agrega que las normas mencionadas procuran que la entidad pública tenga absoluta seguridad en relación con la existencia y capacidad del proponente. Expresa que no es cierto que la ley admita la presentación de propuestas por un número plural de personas, bajo cualquier modalidad de asociación como lo argumentó FEPAZ. La promesa de sociedad era un requisito esencial de la propuesta en la modalidad adoptada por FEPAZ y por lo tanto; no es subsanable por el proponente, ni podía la entidad pública solicitar un documento adicional en tal sentido. A tal efecto cita parcialmente el acto administrativo en el cual se señala que si bien el documento es parte de la promesa no es calificado por la ley como esencial.*

*Desde este punto de vista son procedentes las siguientes consideraciones:*

*En primer lugar, debe observarse que contrario a lo que sostiene el demandante, FEPAZ si presentó con su propuesta original un documento de promesa de sociedad, tal y como se puede apreciar a folios 027 del tomo III de los anexos a la demanda. Por consiguiente, el punto en discusión no es si FEPAZ presentó o no una promesa de contrato de sociedad, pues si lo hizo, sino que consecuencias tienen, la omisión de una serie de condiciones a las que se refiere el demandante.*

*Lo anterior es suficiente para desechar el cargo del demandante.*

*Pero si lo anterior no fuese suficiente, debe observarse que la licitación abierta por FERROVIAS tenía por objeto (página 1a del Pliego de Condiciones, obrante a Folio 259 del Tomo II de los anexos de la demanda) "la celebración de un contrato estatal de CONCESIÓN, con el objeto de que el CONCESIONARIO a quien se le adjudique el contrato adelante la REHABILITACIÓN, CONSERVACIÓN, OPERACIÓN y EXPLOTACIÓN de la infraestructura de transporte férreo de carga de la red Atlántica11. Dentro de esta licitación, los interesados debían presentar propuestas. Ahora bien, de conformidad con el artículo 845 del Código de Comercio "La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio...". Por consiguiente, los elementos esenciales de la oferta eran precisamente aquellos que constituyen elementos del contrato de concesión. En efecto, el Código Civil establece en el artículo 1501 que "Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente..."*

*A este respecto, conviene recordar que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión de la siguiente manera:*

*"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden" (se subraya).*

*De esta manera de conformidad con esta definición de la ley, lo esencial del contrato de concesión es a) que se otorgue la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; b) que dichas actividades las realice el concesionario por su cuenta y riesgo, y c) que reciba a cambio una remuneración.*

*Por consiguiente, era fundamental lo relativo a los bienes que se entregaban en explotación, las condiciones de la misma, las obras que el concesionario se obligaba a realizar y la remuneración que el mismo recibía o pagaba.*

*Es por ello que el pliego de condiciones disponía (Punto 3.15. del pliego página 71):*

*"FERROVIAS podrá requerir a los PROPONENTES las aclaraciones formales que considere necesarias, entendiéndose por formales aquellas que no impliquen modificar o complementar la propuesta, ni alterar el principio, de igualdad entre los PROPONENTES. Especialmente se entenderá que se modifica o complementa la propuesta, cuando las aclaraciones que se efectúen impliquen la modificación del PLAN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN que fue incluido en la propuesta" (se subraya)*

*Bajo esta perspectiva es claro que jurídicamente la promesa de sociedad no era un elemento esencial de la propuesta.*

*A lo anterior, se agrega que el segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, establece que" La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación dé propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos".*

*Desde este punto de vista la promesa de contrato no es un documento necesario para comparar las propuestas/pues dicha comparación se realiza es sobre los aspectos técnicos de la obra y las ofertas económicas. Adicionalmente, se trata de un documento relativo a la futura contratación, que por ello puede aportarse posteriormente.*

*Finalmente, es importante despejar un error en que incurre el demandante y que consiste en considerar que la sociedad futura que se promete constituir es el proponente. En efecto, una persona que no existe no puede realizar una manifestación de voluntad, es decir un acto jurídico/y por ello, no puede formular una propuesta. De este modo, los-reales proponentes son quienes manifiestan que en el evento en que se les adjudique constituirán una sociedad bajo determinadas condiciones. Es esto lo que dispone la ley 80 de 1993 cuando en el cuarto inciso del parágrafo 2º del artículo 32 dispone: "Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas, cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente" (se subraya).*

*De esta manera se despeja la duda que pretende crear el demandante en cuanto a los riesgos que se generan para la entidad estatal por el hecho de que el contrato de promesa no cumpla determinados requisitos. En efecto, quienes presentan una propuesta para celebrar un contrato y ofrecen constituir una sociedad para tal efecto, asumen la obligación de hacerlo en caso de ser adjudicatarios, y por ello, si no se constituye la sociedad incumplen su propuesta, con las consecuencias que ello apareja, de igual manera que incumple quien al formular una propuesta un esquema determinado para ejecutar el contrato y no lo hace.*

Por último, encontró más favorable la propuesta presentada por el adjudicatario que la presentada por el demandante.

En el curso de la primera instancia, mediante auto de 18 de noviembre de 1999 –folio 314 del cuaderno principal-, se aceptó la cesión de derechos litigiosos de la parte actora integrada por las sociedades CB TRANSPORTES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., CB INVERSIONES COLOMBIA S.A., SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTAMARTA S.A., TRANSPORTACIÓN MARITIMA GRANCOLOMBIANA S.A., y GAS, PETROLEO Y DERIVADOS DE COLOMBIA S.A. y suscrita a favor de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO S.A.-STF S.A. Y en auto de 4 de mayo de 2000, la cesión de derechos litigiosos suscrita entre la sociedad TRANSPORTACIÓN MARITIMA GRANCOLOMBIANA S.A. –integrante de la parte actora- y la sociedad TMG OVERSEAS S.A.

**1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El 1º de agosto de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera –Subsección “B” negó las súplicas de la demanda -folio 924 del cuaderno principal-. En lo que tiene que ver con la excepción de caducidad sostuvo que la demanda fue interpuesta en tiempo, si se considera que la resolución fue proferida el 27 de enero de 1998, antes de entrar en vigencia la Ley 446, por lo que el término de cuatro meses, previsto en el artículo 136 del C.C.A. para el ejercicio de la acción, vencía el 27 de mayo de 1998.

*“ (…) a partir de la fecha de la resolución demandada, esto es, a partir del 27 de enero de 1998 (fecha en la que también se realizó la audiencia de adjudicación de la licitación, a la que asistieron representantes de ambos proponentes), tenemos que dicho término venció el día 27 de mayo de 1998.*

*El 20 de mayo de 1998, el apoderado de las sociedades aquí demandantes, presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Delegada ante este Tribunal (folio 2132 del c. 7), habiéndose realizado la audiencia de conciliación el día 18 de agosto de 1998, la cual se declaró fracasada por cuanto el apoderado de Ferrovías no se hizo presente (folio 2167 del C. 7).*

*El inciso segundo del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, establecía lo siguiente:*

*“Cuando no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo no mayor de sesenta días”.*

*El inciso segundo de la Ley 446 de 1998, mantuvo inmodificable el término de suspensión de 60 días antes mencionado.*

En cuanto al fondo del asunto sostuvo que, en los términos señalados en el literal b) del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, los Gobernadores tienen competencia para celebrar contratos, sin las autorizaciones previas de las Asambleas Departamentales, pues al amparo la Ley 80 de 1993, no las requieren. Para el tribunal no existió irregularidad alguna en el compromiso adquirido por los gobernadores sobre la participación de los departamentos del Cesar y Santander en la sociedad futura FEPAZ S.A., en los términos del contrato de promesa, de lo que se sigue que comprometieron a cada entidad territorial. Destacó el tribunal la aplicación de la ley 80 y no del Código de Régimen Departamental.

En relación con las observaciones de la demanda sobre la ausencia de los requisitos para la constitución de la sociedad y en consecuencia la afectación de la oferta, el tribunal puso de presente que los elementos esenciales de la propuesta tienen que ver con i) los requisitos técnicos, logísticos, plazos y en general todo lo indispensable para ejecutar el objeto del contrato; ii) los documentos necesarios para participar en la licitación, sin los cuales habría lugar a rechazar las propuestas, de conformidad con las causales estipuladas en el pliego de condiciones y iii) los que contienen elementos para ser evaluados en orden a asignar los puntajes. De lo que se sigue que son accesorios los que suministran información adicional no relacionada con el objeto del contrato, ni con los requisitos necesarios para participar en la licitación, ni con los documentos que habrán de ser evaluados. Puso de presente que en la resolución demandada, se consideró:

***-*** *...el negocio que el Estado persigue celebrar mediante la licitación, y los particulares mediante la presentación de las propuestas, es el de concesión de infraestructura, de donde se sigue que* ***los elementos que la definición legal considera esenciales de una oferta, serán aquellos que aludan a las condiciones del negocio de concesión.***

***-*** *Así las cosas,* ***al aceptarse los términos de los pliegos de condiciones,*** *como lo manifiesta la propuesta presentada por la asociación futura Fepaz S.A.,* ***se aceptan las condiciones esenciales del negocio de la concesión,*** *como son entre otros, el régimen de responsabilidades, obligaciones y derechos de las partes, los riesgos asumidos y el objeto del contrato.*

***-*** *En estas condiciones,* ***el documento que da soporte a la forma jurídica bajo la cual el grupo proponente ejecutará el contrato,*** *factor que es determinado precisamente mediante la oferta de constituir una sociedad futura, si bien forma parte de la propuesta,* ***no es calificado por la ley como uno de sus elementos esenciales.***

*Así las cosas, es claro que en caso de haberse presentado alguna irregularidad con el contrato de promesa aportado por el proponente Fepaz, la misma no se hubiera constituido como causal para rechazar la propuesta allegada por dicho proponente, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo - numeral 15 el artículo 25 de la ley 80 de 1993.*

En cuanto a la disponibilidad presupuestal, sostuvo el *a quo* que aunque la parte actora arguyó que los Gobernadores de Cesar y Santander, suscribieron el contrato de promesa de constitución de sociedad futura, sin contar con la debida disponibilidad presupuestal, lo cierto es que para cuando se suscriba se requiere verificar las condiciones presupuestales. Siendo así la apreciación de Ferrovías es acertada, en cuanto sostuvo *“la disponibilidad sobre los contratos....se requiere frente a aquellos en los que se contraten obligaciones de pago directas, como es el caso de aporte de capital en el contrato de sociedad, y no respecto de contratos que generan únicamente obligaciones de hacer, cuando éstas no implican de manera inmediata o directa un gasto, como es el caso de la promesa de contrato"*. En ese orden, concluyó que la ausencia de requisitos, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de las mismas. De modo que la ausencia de las formalidades propias del contrato de promesa de constitución de sociedad futura, no impedía la comparación de las propuestas, pues no constituía un elemento esencial.

En lo que tiene que ver con el desconocimiento del pliego de condiciones, la parte actora afirmó que, en los términos del numeral 3.14.1., no se permitía a los proponentes corregir o adicionar sus propuestas:

*“La Sala considera que el cargo no está llamado a prosperar, pues de conformidad con lo establecido en el numeral 3.15 del pliego de condiciones:*

***-*** *"Ferrovías podrá requerir a los proponentes las aclaraciones formales que considere necesarias,* ***entendiéndose por formales aquellas que no impliquen modificar o complementar la propuesta, ni alterar el principio de igualdad entre los proponentes.***

*Especialmente, se entenderá que se modifica o complementa la propuesta, cuando las aclaraciones que se efectúen impliquen la modificación del plan de obras de rehabilitación que fue incluido en la propuesta".*

*De lo anterior, se desprende que el hecho de que Ferrovías hubiera aceptado el nuevo contrato de promesa de constitución de sociedad futura, allegado por Fepaz, no vulneró en nada la igualdad que debía regir entre los proponentes, y tampoco modificó elementos esenciales de la propuesta, pues como se ha dicho, los elementos esenciales de la propuesta eran los requisitos técnicos ofrecidos y cronograma de actividades, para ejecutar las obras de rehabilitación, y demás actividades propias del contrato de concesión.*

*Además, como se ha mencionado, la promesa de constitución de sociedad futura, no impedía la comparación y evaluación de las propuestas, tal como se mencionó en dicha resolución:*

***-*** *El caso del documento que soporta el tipo de asociación bajo la cual desea participar el proponente (en este caso la promesa de sociedad futura), es asimilable al de otros documentos, que usualmente se piden a los participantes en procesos de esta clase, para permitir el análisis de ciertos elementos tales como la experiencia del proponente, su información financiera y contable, etc., siendo aplicable a toda esta documentación lo previsto en el segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, que establece: "****La******ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos*** *hechos".*

***-*** *Con todo lo expuesto, es claro para Ferrovías que* ***la promesa de sociedad no es un requisito esencial de la propuesta, lo que no implica que no tenga que allegarse a la entidad dentro del curso del proceso de selección del concesionario..."****.*

*Por lo expuesto, el cargo no prospera.*

Considera el apoderado de la parte actora, que la resolución demandada violó lo dispuesto en los artículos 1611 del Código Civil y artículos 110 a 119 del Código de Comercio, por cuanto la promesa de constitución de sociedad futura allegada por el proponente Fepaz S.A., no cumplía con los requisitos exigidos en dichas normas.

***“ANÁLISIS DEL CARGO***

*La Sala considera que el cargo no está llamado a prosperar, pues habiéndose definido que el contrato de promesa de sociedad no era un elemento esencial de las propuestas, que impidiera la comparación objetiva de las mismas por parte de Ferrovías, no es necesario entrar a verificar si el contrato de promesa de constitución de sociedad futura aportado por Fepaz, cumplía o no con los requisitos exigidos en los artículos 1611 del C.C., y 110 a 119 del C.Co.*

*Además, vista la motivación de la resolución demandada, se tiene que dichos requisitos fueron plenamente satisfechos, pues se consideró que:*

***-*** *"...la promesa de contrato....allegada por la asociación futura Fepaz S.A., no pugna con los conceptos generales expuestos sobre la definición de promesa de contrato, previstos en el artículo 1611 del C.C., y....cumple con los requisitos exigidos en el mencionado ordenamiento.*

***-*** *“…no se presenta el supuesto de la ineficacia, en la medida en que el artículo 119 del Código de Comercio en ningún momento establece la ineficacia de aquellas promesas de contrato de sociedad, en donde se omita alguno de los elementos indicados por el artículo 110 del mismo Código; y tampoco es inexistente, en cuanto que, si bien como lo observó Ferrovías en su informe de evaluación, el documento inicialmente recibido carecía de algunas de las previsiones que contempla el artículo 110 del C.Co., no se ha establecido que los elementos omitidos puedan calificarse como esenciales en un contrato de sociedad.*

***-*** *...el C.Co., prevé en su artículo 113 la posibilidad de que se extiendan escrituras adicionales, "si en la escritura social se ha omitido alguna de las estipulaciones indicadas en el artículo 110, o expresado en forma incompleta o en desacuerdo con el régimen legal del respectivo tipo de sociedad...*

***-*** *...considera Ferrovías que puede concluirse válidamente que la naturaleza de la información que se habría omitido incorporar en el documento de promesa de sociedad inicialmente recibida, no afecta en lo sustancial el "animus societatis" manifestado en la promesa, ni es información de aquella que pueda considerarse "ab sustanciam actus", como no lo es tampoco la incorporación de la totalidad de la información requerida en el artículo 110”.*

*Por lo expuesto, el cargo no prospera.*

Considera el apoderado de la parte actora, que la resolución demandada violó lo dispuesto en el numeral 3.23 - punto 4 del pliego de condiciones; y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por cuanto Ferrovías admitió que Fepaz S.A. condicionó el cumplimiento del objeto contractual en caso de resultar favorecida, el cual no está permitido por la ley.

*“Para el tribunal, la manifestación de FEPAZ respecto de la información económica contenida en el SOBRE 2, no comporta una condición sometida a su vez al cumplimiento de Ferrovías de otras obligaciones. En efecto sostuvo:*

***-*** *...como lo expresó Ferrovías....las manifestaciones que....Fepaz incorporó en el sobre 2 de su propuesta, podían haber sido interpretadas como condicionamientos o como referencias tangenciales a aspectos que se encontraban regulados en el pliego de condiciones o en la ley, posibilidad que resultaba acorde con lo que disponía el pliego de condiciones en el numeral 3.13- inciso 9, según el cual "No deberán incluirse....documentos cuyo contenido sea diferente al solicitado en los pliegos...".*

***- ...considerando la respuesta que Fepaz dio a la solicitud de aclaraciones, es claro que la manifestación de voluntad expresada por dicho proponente, en efecto, tenía únicamente como propósito hacer algunas referencias que no afectan la incondicionalidad bajo la cual presenta su propuesta****... .*

***-*** *...no puede Ferrovías interpretar como una revocatoria de la oferta, una respuesta que antes que rectificar o pretender cambiar la manifestación de voluntad expresada, confirma su sentido dándole un alcance que claramente y por expresa indicación del proponente, no es una condición a su propuesta, que* ***ratifica sus explicaciones como incondicional".***

*Por lo expuesto, el cargo no prospera.*

***5.-*** *La propuesta económica de Fepaz era "Artificialmente Baja"*

*Considera el apoderado de la parte actora, que no obstante Ferrovías calificó como "PASA" los aspectos técnicos y jurídicos (SOBRE 1), contenidos en la propuesta de Fepaz, al revisar la propuesta económica de dicho proponente, y advertir que en la misma no se exigía aporte económico alguno a Ferrovías, para ejecutar las obras de rehabilitación, y que en su lugar, se ofrecía pagar a esa entidad, en abril de 2002, una suma aproximada de US$ 49.0000 [sic], dicha entidad debió descalificar la propuesta de Fepaz, pues de conformidad con los estudios financieros que Ferrovías contrató con el Consorcio Socimer - Ineco, y con lo consignado en el pliego de condiciones, se estableció que para que fuera viable ejecutar las obras de rehabilitación, Ferrovías debía aportar al concesionario adjudicatario, los recursos económicos que éste solicitara, que en todo caso no podían ser superiores a US$ 140.000.000.*

*Por lo expuesto, concluye que el hecho de que Fepaz no hubiera solicitado aporte alguno a Ferrovías, solo se justifica en que dicho proponente pretendió lograr la adjudicación de la licitación No. 001 de 1997, sin existir certeza sobre si dicho proponente, sin recibir aporte alguno de Ferrovías, estaba realmente en capacidad de ejecutar las obras de rehabilitación de que trataba la licitación No. 001 de 1997.*

***ANÁLISIS******DEL CARGO***

*La Sala considera que el cargo no está llamado a prosperar, pues de conformidad con lo establecido en el numeral 2.6.1.1. - punto 5 del pliego de condiciones, y en el numeral 3.14.2., del mismo documento, estaba permitido que un proponente no solicitara aporte alguno a Ferrovias para ejecutar las obras de rehabilitación. En efecto, en los pliegos se dijo:*

***-*** *"La suma que solicite el concesionario como aportes de Ferrovias, para la ejecución del plan de obras de rehabilitación, deberá ser determinada por él, a partir de la evaluación que haga de los términos de la concesión. Esto implica que* ***el concesionario, si lo encuentra adecuado, podrá no requerir ningún aporte de Ferrovias e inclusive podrá ofrecer la suma de dinero que estime necesaria con el propósito de obtener la adjudicación de la concesión,*** *caso este último en el cual el desembolso del aporte que el concesionario ofrece a Ferrovias, deberá preverse para el 31 de abril de cualquiera de los primeros cinco días subsiguientes a la fecha de la adjudicación".*

*No obstante lo anterior, vale mencionar que el proponente que resultara adjudicatario de la licitación, y que no hubiera solicitado aportes a Ferrovias para ejecutar las obras de rehabilitación, recibiría los réditos o frutos del transporte de la carga a transportar por la vía férrea entregada en concesión, provenientes especialmente del transporte de carbón, durante un término de 30 años.*

**2. SEGUNDA INSTANCIA**

**2.1 RECURSO DE APELACIÓN**

**2.1.1. PARTE ACTORA**

Oportunamente, la parte actora, inconforme con la decisión, interpone recurso de apelación –folio 949 del cuaderno principal-, para que se revoque la decisión y se acceda a las súplicas de la demanda. En ese orden sostuvo que i) los gobernadores de los departamentos de César y Santander no contaban con autorización para constituir la sociedad, pues las asambleas departamentales no habían expedido las ordenanzas requeridas en los términos del artículo 300 de la Constitución Nacional y del Código de Régimen Departamental, sumado a que al tenor del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, *"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito. 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil. 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”,* de lo que se sigue que la promesa carecía de validez, dada la falta de autorización previa y escrita de las asambleas de ambos departamentos.Siendo así, Ferrovías no podía obviar, como sucedió, el análisis de la capacidad de los gobernadores, por ser un elemento de permanente evaluación. Se sabe, por ejemplo que el representante legal deberá allegar con la oferta el acta de la junta directiva que lo autoriza para intervenir en el proceso licitatorio y celebrar el contrato, y si no lo hiciere la propuesta no puede considerarse, de modo que no es dable sostener que los gobernadores tenían capacidad para suscribir la promesa de sociedad.

Además, la constitución de una sociedad no es un acto jurídico cualquiera. Se trata de concretar la voluntad de aportar para una causa común, adquirir derechos, contraer obligaciones y generar responsabilidades frente a terceros, más aun tratándose de una licitación pública. Sin perjuicio de que le correspondía además verificar la capacidad de los miembros de cada proponente. En ese orden, la voluntad de suscribir un contrato de concesión, aunque no puede identificarse con constituir una sociedad, deben verificarse sus elementos. En esos términos sostuvo:

***-*** *Lo contradictorio de esa conclusión del A-quo, es que la realidad de los hechos precisamente llevan a pensar lo contrario. En efecto, Ferrovías aceptó la participación de los departamentos en la promesa, sin recabar en su falta de capacidad, aún requiriendo subsanar los problemas con posterioridad, y una vez adjudicado el contrato, la sociedad no se constituyó por falta de autorización de las asambleas departamentales. El incumplimiento estaba advertido.*

***-*** *Lo que Ferrovías determinó como NO ESENCIAL en la licitación, y que el A-quo refrendó en la sentencia apelada, terminó siendo la causa que desató el incumplimiento de la oferta, el fracaso de la licitación y el detrimento del interés público. En otra esfera estaríamos, si efectivamente el adjudicatario se hubiese constituido y no hubiese obtenido financiación (tema que veremos más adelante) o no hubiese cumplido con la constitución de las pólizas del contrato.*

***-*** *Pero no, el primer acto que debía hacer el proponente adjudicatario era sencillamente constituir una sociedad, así de simple, y no lo pudo hacer.*

***-*** *Más grave aún es que en forma oportuna se le informó la irregularidad a Ferrovías, reclamando a través de los conductos licitatorios establecidos, como las observaciones a las propuestas y al informe de evaluación de las propuestas, así como las constancias en la audiencia de adjudicación, que el contrato de promesa, tal y como había sido aceptado por Ferrovías, no era exigible y no iba a ser ejecutado por los Departamentos del César y Santander.*

***-*** *Ferrovías estaba advertida y actuó a sabiendas de que había una objeción el tal sentido de uno de los proponentes.*

***Falta de Disponibilidad Presupuestal****:*

*El A-quo manifiesta que bajo el contrato de promesa no se generan obligaciones de dar, sino de hacer y por ende no era necesario que los departamentos tuviesen apropiaciones presupuéstales para el efecto.*

*ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA APELADA*

*Respetuosamente consideramos que el A-quo no midió el alcance de su conclusión. Veamos un ejemplo: Si se suscribe una promesa de compraventa de un inmueble, debe el promitente comprador comprometerse a pagar el precio del inmueble, obligación que sólo nace a la vida jurídica si acaece la condición y por ende se perfecciona el acto jurídico prometido.*

*No le es dable al prometiente comprador, suscribir la promesa y luego manifestar, al momento de perfeccionar el acto prometido, que no estaba obligado a pagar el precio. Si ello se pacta así, no es una promesa sino una mera manifestación de una voluntad expectante, no exigible y por ende no obligatoria.*

***-*** *Es un exabrupto pensar bajo el derecho societario, que si una persona se compromete a suscribir un contrato de sociedad, no se esté comprometiendo al mismo tiempo, a pagar su aporte social.*

***-*** *Acaecida la condición de la promesa, la constitución de la sociedad se dispara automáticamente (al tenor del art. 89 de la ley 153 de 1887), y así la obligación subyacente de todos accionistas, la cual es pagar el capital suscrito en los términos establecidos en los estatutos, se hace plenamente exigible.*

***-*** *De nuevo el A-quo considera que determinar la disponibilidad presupuestal en el curso del análisis de la oferta no era necesario. Pero la realidad' vuelve a contradecir la conclusión: NO HABÍA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL. Es esencial que los departamentos tuvieren el dinero para aportar su capital a la sociedad futura. Indudablemente que sí.*

***-*** *El contrato de promesa es un acto en el cual se plasman derechos y obligaciones ciertas y no meras expectativas. La disponibilidad presupuestal de los departamentos era esencial para las ofertas y Ferrovías lo ignoró.*

*Conclusión: Con base en los argumentos jurídicos expuestos, los cuales hemos soportado en opiniones doctrinales y jurisprudenciales, consideramos que el primer cargo sí debe prosperar.*

***2. Segundo cargo: El contrato de promesa aportado posteriormente por el proponente Fepaz y su aceptación por Ferrovías, violó el derecho a la igualdad de los proponentes y la transparencia del proceso licitatorio.***

*Alega el A-quo que como el contrato de promesa no era un elemento esencial, Ferrovías podía pedir que se subsanara, además que dicho contrato no impedía la comparación de las propuestas. Para tal efecto, soporta su posición en el numeral 11 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y adicionalmente manifiesta que Ferrovías podía solicitar cualquier documento, salvo la modificación del plan de obras de rehabilitación.*

*ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA APELADA*

***-*** *En primer lugar, hacemos extensivos los argumentos expuestos en las páginas anteriores, sobre la esencialidad de la promesa al momento de presentar las ofertas.*

***-*** *El proponente Fepaz, para efectos de presentación de la propuesta, acogió libremente la modalidad de promesa de sociedad futura con el fin de participar en el proceso licitatorio. Lo anterior implicaba la observancia de normas imperativas, aplicables a este tipo de contrato (promesa) el cual debe incluir la totalidad de los elementos esenciales del negocio prometido, en este caso, el contrato de sociedad.*

***-*** *Tanto el Código Civil como el Código de Comercio señalan de manera precisa todos los elementos que deben incluirse en el contrato de promesa y específicamente en el contrato de promesa de sociedad (artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y artículos 110 y 119 del Código de Comercio).*

***-*** *Sin el cumplimiento de lo anterior, el proponente Fepaz presentó un documento supuestamente denominado "promesa de sociedad futura" que carecía de los elementos esenciales de este tipo de asociación elegido y por ende, tal y como está probado, se predicaba la ausencia de contrato de promesa de asociación futura por cuanto no cumplió con los requisitos que para el efecto señala el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley 80 de 1993 y el Pliego de Condiciones.*

***-*** *Fue el pliego el que determinó que una forma de participación era presentarse como sociedad futura mediante la presentación de un contrato de promesa con el lleno de los requisitos legales, tanto del contrato de promesa, como del de sociedad.*

***-*** *Pero Ferrovías ignoró ello, y aceptó que Fepaz le presentara un nuevo documento a fin de subsanar la falencia jurídica de su promesa.*

***-*** *Consideramos que un documento de esa importancia, que el A-quo manifiesta como "no esencial", era determinante para comprometer el grupo proponente; mediante la inequívoca voluntad de constituir una sociedad en unos términos específicos, y condicionada únicamente a la adjudicación del contrato de concesión.*

***-*** *Contrario nuevamente contra lo que afirma el A-quo, el contrato de promesa sí resultó ser esencial, habida cuenta que fue dicho contrato el que transfiguró la adjudicación y la sociedad no se constituyó, generándose el incumplimiento de la oferta y la no suscripción del contrato de concesión.*

***-*** *En consecuencia, la presentación de un supuesto contrato de promesa de sociedad, sin el lleno de los requisitos imperativos que establece la ley, implicó la no existencia de proponente al momento de presentar la propuesta, por cuanto una vez se elige la forma mediante la cual se participará en un proceso licitatorio (promesa de sociedad, consorcio o unión temporal, sociedad existente) debe ceñirse al cumplimiento de los requisitos que la ley exige para tal asociación y la entidad estatal debe evaluar la propuesta conforme a dichos parámetros, so pena que la forma elegida no se configure como tal.*

***(…)***

***-*** *No obstante la aclaración, FEPAZ irregularmente adjuntó un nuevo documento de promesa de constitución de sociedad anónima* ***de fecha posterior al cierre de la licitación*** *y éste fue aceptado por FERROVIAS en una clara violación de la ley y el pliego de condiciones.*

***-*** *No es de recibo que el A-quo señale que el contrato de promesa no se constituía en un elemento esencial de la propuesta, pero que a su vez, la entidad licitante acepte un nuevo documento. Si no era esencial, para qué Fepaz presentó un nuevo documento. Estaba aclarando su propuesta, o estaba modificándola.*

***-*** *El pliego señalaba claramente en su numeral 3.14 la necesidad de adjuntar dicho documento acorde con la forma elegida de participación. Así las cosas, en el evento de optar por proponer la constitución de una sociedad por parte del proponente, dicha condición debía cumplirse de acuerdo con lo establecido por el Pliego de Condiciones y la Ley.*

***-*** *Tanto el Pliego de Condiciones como la ley no son supletivos en este aspecto, sino por el contrario IMPERATIVOS, lo cual no acepta ni interpretaciones ni aplicaciones diferentes, con el fin de salvaguardar el principio de igualdad tanto de los demás proponentes, como de aquéllos potenciales proponentes que eventualmente no presentaron propuesta por carencia de algún documento esencial, el cual según las reglas de juego fijadas, no sería aceptado con posterioridad.*

***-*** *Al ser dicho requisito de obligatorio cumplimiento lo convierte en un elemento esencial de la propuesta y por lo tanto, su no cumplimiento acarrea como natural consecuencia la necesidad de descalificar la propuesta.*

***(…)***

***3.-*** *Violación del Código Civil sobre contrato de promesa.*

*En igual sentido, es decir que no es un documento esencial, se manifiesta el A-quo al no entrar a determinar si el contrato de promesa se otorgó sin el lleno de los requisitos.*

*ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA APELADA*

***-*** *Consideramos que gran parte de los argumentos presentados en este documento, en relación con los cargos 1 y 2, son igualmente aplicables al tercer cargo. Nos permitimos resumir nuestra posición:*

***a.*** *La promesa de contrato era un documento esencial de la propuesta, por cuanto determinada la calidad, capacidad, consentimiento y exigibilidad del proponente;*

***b.*** *El Pliego dio la opción de presentar una promesa,*

***c.*** *La promesa es un contrato típico al cual la ley le exige unos requisitos precios, que de no existir, no se puede entender como promesa,*

***d.*** *El proponente Fepaz no presentó una promesa, sino un documento diferente, y por ende, generó la violación del pliego,*

***e.*** *La realidad de los hechos posteriores a la adjudicación demuestran que el documento no era una promesa y que Ferrovias no tomó las medidas necesarias para garantizar el interés público.*

***4.- Cuarto cargo: La propuesta económica del proponente estaba condicionada***

*Una vez Ferrovias abrió los sobres No. 2 de ambos proponentes, se verificó, tal y como se demostró con el acervo probatorio del expediente, que la propuesta económica de FEPAZ se encontraba condicionada por cuanto se adjuntó al formato único del pliego de condiciones, un documento denominado "Consideraciones Básicas de Nuestra Oferta" en el cual, aparte de realizar una serie de aseveraciones, se señaló expresamente:*

*"Conforme a lo establecido en el numeral 3.26 del pliego de condiciones, el proponente está dispuesto a firmar el contrato de concesión conforme a la minuta que fue incluida como anexo No. 21, en el entendido que su texto se ajusta a la Constitución v a las leves de la República de Colombia v permite obtener de las entidades Financieras la financiación requerida para la realización del proyecto" (resaltado extra textual) y "FERROVÍAS, como propietaria que es y continuará siendo, de la vía férrea y su zona de seguridad, colaborará decididamente y eficazmente para que el corredor que se entregue se mantenga en condiciones tales que pueda garantizar el derecho de uso v explotación que otorga en concesión (…) (Resaltado extra textual).*

*El A-quo está de acuerdo con la interpretación que de las frases hizo Ferrovías en la Resolución demandada, que en resumen determina que dichas frases son meras afirmaciones tangenciales y que determinan el alcance justo de la interpretación del proponente.*

*ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA APELADA*

***-*** *Consideramos que esa posibilidad de interpretación, que el A-quo llama tangencial, es la puerta al capricho, a la inseguridad, y por supuesto a la violación del pliego y a su vez mina el derecho de igualdad de los proponentes.*

***-*** *Este tipo de interpretaciones debilita la protección del interés público, como quedó demostrado a posteriori.*

***-*** *El pliego exigía presentar un formato y así hicieron los demandantes. El adjudicado (posteriormente incumplido) allegó el formato de oferta económica, junto con una hojita adicional, con unas frases, que el A-quo consideró "tangenciales".*

*58. Las palabras "en el entendido que", no se escribieran de manera espontánea, ni ingenua, sino que son más que un condicionamiento subjetivo del proponente, quien advierte que si no hay financiación, no firmará el contrato. No es ello una condición.*

***-*** *A su vez, si Ferrovías no colabora eficazmente para que el corredor se mantenga en condiciones de uso, el contrato tampoco se firma.*

***-*** *En nuestra razonabilidad, que no es otra que leer y re-leer varias veces las frases de la oferta económica del proponente Fepaz, llegamos a la conclusión que la intención sí era introducir elementos que le permitieran al adjudicatario retirarse del contrato o del proceso pre-contractual por hechos externos, liberándose de los riesgos que los Pliegos habían colocado en cabeza del adjudicatario. Con esas frases el riesgo financiero y de mantenimiento pasó a ser de Ferrovías.*

***-*** *Si la interpretación del A-quo fuese correcta, porqué el proponente adjuntó una hoja adicional al formato económico? Cuál era la razón de fondo para alterar las reglas del Pliego de Condiciones.*

***-*** *La respuesta no puede ser que el proponente quería manifestar su posición frente a la concesión de manera general... Con el debido respeto, el proceso licitatorio no es un proceso político, es un mecanismo legal que la administración pública ejecuta para lograr cumplir los intereses y objetivos públicos, establecidos por la Constitución y trazados por el gobierno de turno.*

**2.2. INTERVENCIONES FINALES**

**2.2.1. PARTE ACTORA**

En la etapa de intervenciones finales de la segunda instancia, la parte actora insiste en la prosperidad de las pretensiones –folio 1087 del cuaderno principal-, por iguales razones a las expuestas en el recurso de apelación, esto es para que se revoque la decisión del tribunal y se acceda a reconocer los perjuicios causados por la no adjudicación del contrato.

**2.2.2. PARTE DEMANDADA**

El Instituto Nacional de Vías, quien asumió las obligaciones de FERROVÍAS en liquidación –folio 988 del cuaderno principal-, por un lado, insistió que previamente a la presentación de la propuesta de FEPAZ, se encontraban vigentes las ordenanzas n.º (s) 010 de 1997 y No. 001 de 1995, que contenían las autorizaciones respectivas y por otro en cuanto a la falta de disponibilidad presupuestal se insistió que el mismo comportaba un requisito necesario al momento de celebrar el contrato de concesión y no antes. Además, en lo que tiene que ver con la violación de las normas superiores señaló:

*“En cuanto a la presunta violación al principio de igualdad que debe regir entre los proponentes, se indicó que el hecho que FERROVÍAS hubiera permitido que FEPAZ S.A., aportara una presunta modificación y/o aclaración a su propuesta, específicamente un contrato de promesa de constitución de sociedad futura, aparentemente distinto al inicialmente presentado, no vulneró en nada dicho principio, pues acorde con lo indicado en el Pliego de Condiciones, permitía a los proponentes, previa solicitud de FERROVÍAS, aportar cualquiera de los documentos que debía contener el sobre No. 1 de las propuestas, máxime qué el contrato de promesa no era un documento necesario o esencial para la comparación de las propuestas sometidas a evaluación por parte de la demandada.*

*Por último, en cuanto al valor de la propuesta de FEPAZ S.A., que no exigía aporte alguno por parte de FERROVÍAS para la ejecución de las obras de rehabilitación, mencionó que entre las posibilidades contempladas en el pliego de condiciones, estaba precisamente la ofrecida por dicho proponente, es decir, que no se exigiera aporte alguno a FERROVÍAS para iniciar las obras en mención.*

*Como soporte probatorio a lo descrito la demandada hizo referencia a lo establecido en el Pliego de Condiciones, en especial en lo indicado en el numeral 1.7.1, en el parágrafo No. 8 del numeral 1.7.4, en el numeral 2.1., en el numeral 2.3., en el numeral 2.6.1.1., en el numeral 3.13, en el numeral 3.14.2 entre otros., así como lo consignado en el Acta No. 2 del 10 de diciembre de 1997, que contiene las circunstancias que rodearon la apertura de los SOBRES Nos. 2 de los oferentes, donde se encontró que sus propuestas económicas eran las siguientes:*

*El proponente FCA .S.A., no ofreció ningún monto de pago, al contrario de FEPAZ que ofreció la suma de US $ 100.000, al año 2002, y a su vez, el primero citado solicitó a FERROVÍAS un monto de aportes de US $ 123.100.000, en los montos indicados en el curso de los años de 1998 a 2002, cosa diferente que FEPAZ S.A, no requiere, lo cual, como se podrá observar, la propuesta del proponente FEPAZ .S. A, era y es la mas favorable para FERROVÍAS para el desarrollo del objeto contractual descrito en la resolución de apertura de la licitación pública en comento.*

*Es por ello, que en el acápite de las denominadas* ***"CONSIDERACIONES*** *", la Corporación de primera instancia expresó, en la providencia recurrida .(previo análisis jurídico) lo siguiente, lo cual es de recibo al momento de resolver la recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*

*(…)*

*Respecto al requerimiento de nulidad del acto administrativo citado, dentro del denominado análisis del cargo, el Tribunal indicó, que el mismo no está llamado a prosperar en consideración a que: "****1.*** *Si bien es cierto, de las normas transcritas del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 del 18 de abril de 1986), se desprende que la creación de sociedades en las que los Departamentos tengan algún grado de participación económica (51% o menos), debe ser autorizada por las Asambleas Departamentales, debe precisarse que en materia contractual, tal disposición no tiene aplicación.*

*En efecto, de conformidad con lo señalado en el literal "b" del numeral 3 del artículo 11 de la ley 80 de 1993, se tiene que los Gobernadores de Departamento, en calidad de Representantes Legales de dichas entidades territoriales, son quienes tiene competencia para celebrar contratos en que los Departamentos tengan algún grado de participación, sin que para tal fin, estén atados a autorizaciones previas de las Asambleas Departamentales, .." de lo cual se colige, "concluye la Sala que no existió irregularidad alguna en los compromisos adquiridos por los Gobernadores de Cesar y Santander, cuando comprometieron la participación..."*

*Ahora, sobre los requisitos esenciales de la propuesta, expresa que, "..Por tanto, no son documentos esenciales de la propuesta aquellos que suministran información adicional sobre el proponente, no relacionada con el objeto del contrato, ni con los requisitos necesarios para participar en la licitación, ni con los documentos que habrán de ser evaluados (....). Así las cosas, es claro que en caso de haberse presentado alguna irregularidad con el contrato de promesa aportado por el proponente Fepaz, la misma no se hubiera constituido como causal para rechazar la propuesta allegada por dicho proponente (…)"*

*En ese mismo orden, el citado Tribunal de primera instancia se pronunció sobre la supuesta violación del numeral 3.14.1 del Pliego de Condiciones, Violación de lo dispuesto en los artículos 1611 del Código Civil y 110a 119 del Código de Comercio, Violación del numeral 3.23. punto 4 del Pliego de Condiciones, y del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por último, de la propuesta económica de FEPAZ S. A, que era artificialmente baja, sin que llegare a prosperar alguna de ellas, por tanto la Sala procedió a* ***NEGAR*** *las pretensiones de la demanda, sin costas a la parte actora.*

*En consideración a la decisión adversa a la demandante, presentó el recuso de apelación en el 'término de ley, el cual, mediante auto de fecha 12 de septiembre de 2007, el juez plural de primera instancia lo concedió de conformidad a lo indicado en el mismo.*

*Es de observar, que la parte actora sustenta el mismo, en apreciaciones e interpretaciones subjetivas que conllevan a desestimar de manera apresurada cada uno de los análisis jurídicos que hizo el A-quo respecto de los hechos y pretensiones en la providencia recurrida, insistiendo por tanto que era requisito indispensable las autorizaciones previas de las Asambleas Departamentales para tal efecto, lo cual no es cierto jurídicamente, es por ello, que se reitera, se entre a confirmar en todas y cada una de sus partes dicha sentencia, la cual a todas luces, el caso fue decidido totalmente en derecho y no como lo indica el apoderado de la sociedad demandante, que, "..el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia apelada, interprete ciertas normas y criterios jurídicos que le dan un manto de duda e inseguridad jurídica al ritual licitatorio (…)”.*

Por su parte, el Ministerio de Transporte, en defensa de los intereses de FEEROVÍAS en liquidación –folio 1060 del cuaderno principal- sostiene: i) que la motivación de la resolución de adjudicación se ajusta a los postulados constitucionales y legales, toda vez que lo actos de los Gobernadores se presumen legales hasta tanto el juez natural declare lo contrario; ii) el Contrato de Promesa de Constitución de Sociedad Futura, aportado por el proponente FEPAZ S.A., no comportaba un elemento esencial de la propuesta, pues los requisitos esenciales de la oferta son los técnicos, logísticos, plazos y demás elementos necesarios, sin los cuales sería imposible ejecutar el objeto del contrato a celebrar, como son los documentos o requisitos necesarios para participar en la licitación y los documentos que van a ser evaluados en la licitación y cuya evaluación permite asignar puntaje al proponente, por lo que no son documentos esenciales aquellos que suministran información adicional sobre el proponente, no relacionada con el objeto del contrato, ni con los requisitos necesarios para participar en la licitación. La falta de documentos relacionados con el contrato de promesa aportado por el proponente FERAZ S.A., no era argumento ni causal para rechazar la propuesta.

En cuanto a la falta de disponibilidad presupuestal solo era necesaria al momento de suscribir el contrato de concesión, pues la promesa de contrato de constitución de sociedad futura, solo genera una obligación de hacer y no de dar. Por último, FERROVIAS podía requerir a los proponentes las aclaraciones formales que considerara necesarias, es decir, aquellas que no impliquen modificar o complementar la propuesta, ni alterar el principio de igualdad entre los proponentes y ello no ocurrió cuando se presentó el nuevo contrato de promesa de constitución de sociedad futura. En cuanto a que la propuesta económica de FEPAZ S.A. resultaba "artificialmente baja", toda vez que esta no exigía aporte económico alguno a FERROVIAS, para ejecutar las obras de rehabilitación, dicha oferta estaba permitida conforme se observa en el numeral 2.6.1.1 - punto 5 del pliego de condiciones y el numeral 3.14.2 de ese mismo documento. *“En ese mismo orden de ideas, si el proponente no hubiera solicitado aportes a FERROVIAS para la ejecución de las obras, recibiría los réditos o frutos del transporte de la carga a transportar por la vía férrea entregada en concesión, provenientes especialmente del transporte de carbón durante el término de 30 años”.*

Por último, EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRRREAS –FERROVIAS– EN LIQUIDACIÓN –folio 1009 del cuaderno principal- insiste en las razones de su defensa. Sostiene:

*“A lo anterior vale la pena agregar, desde el punto de vista de la ley 80 de 1993, que la sociedad de economía mixta no puede surgir por razón del contrato de promesa sino por razón del contrato de sociedad y por ello los requisitos de que se duele el actor eran referidos al contratante y por ello no eran exigibles al momento de evaluar las propuestas, sino al celebrar el contrato adjudicado, pues el mismo debía ser concluido con la sociedad. En efecto expresamente la ley dispuso que "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos".*

*De otra parte debe observarse que el proceso licitatorio que se adelantaba tenía por objeto celebrar un contrato de concesión de la vía férrea. De esta manera, lo fundamental era la celebración del contrato de concesión. La sociedad que se previo constituir sólo tenía por objeto servir de instrumento para la ejecución del contrato, por lo cual en últimas sino se constituía la sociedad quienes habían presentado la propuesta comprometían su responsabilidad. En efecto, quienes ofrecen constituir una sociedad se obligan a ello y a que la sociedad celebrará el contrato y prometen el hecho de un tercero, lo cual compromete su responsabilidad de conformidad con el artículo 1507 del Código Civil que dispone: "Siempre que uno que los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa"*

*Por consiguiente, desde esta óptica, lo fundamental era la autorización para celebrar el contrato de concesión, pues la sociedad sólo era un medio para ello.*

*Pero además debe observarse que en últimas el reproche del demandante se refiere al hecho de que al presentar la propuesta no existía una autorización de la respectiva Asamblea Departamental para constituir una sociedad, pero omite el recurrente señalar que dicha autorización si existió posteriormente.*

*En efecto en el caso del Departamento del Cesar por ordenanza No 010 de 1997, que obra en el proceso, el Gobernador fue autorizado "para celebrar contratos con entidades de derecho publico y privado" Esta misma ordenanza dispuso: "Facultase al señor Gobernador del departamento del Cesar para efectuar las operaciones presupuéstales que se requieran para el cumplimiento de los objetivos propuestos en la presente Ordenanza". Esta autorización genérica claramente incluía los compromisos que asumió el Departamento al presentar la oferta.*

*Posteriormente, la Asamblea Departamental expidió la Ordenanza 043 de 1997 el 19 de diciembre de 1997 en la cual se dispuso:*

*"ARTÍCULO PRIMERO: Autorizar al Gobernador del Departamento del César para conformar la sociedad que asumirá frente a FERROVÍAS las obligaciones que de ella se deriven.*

*"ARTÍCULO SEGUNDO: otorgar al Gobernador del Departamento del César, amplias facultades para definir participación accionaría del departamento, en la respectiva sociedad o consorcio.*

*"ARTÍCULO TERCERO: Facultar al gobernador del Departamento del Cesar, para realizar las diligencias pertinentes, tendientes a realizar las apropiaciones presupuéstales y todas las gestiones que sean necesarias para el cumplimiento de las obligaciones que adquiera frente a la respectiva sociedad o consorcio y frente a la Empresa Colombiana de Vías Férreas.*

*"ARTÍCULO CUARTO. La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su expedición."*

*Vale la pena destacar que la mencionada Ordenanza fue publicada en la Gaceta Departamental No 552 del 4 de febrero de 1998.*

*Igualmente en el caso del Departamento de Santander en el proceso obra copia de la Ordenanza No 28 del 14 de octubre de 1997 (folio 579 del Tomo IV de los anexos de la demanda y folio 448 del expediente), por la cual se otorgó la autorización respectiva.*

*En ella se dice:*

*"Autorizar al Gobernador del Departamento de Santander, para que suscriba documentos de constitución de sociedad futura o consorcio para participar en la Licitación Pública No 001/97 de la Empresa Colombia de Vías Férreas-Ferrovías- y, en el evento de serle adjudicado el contrato de concesión, conformar la sociedad que asuma frente a FERROVÍAS las obligaciones que de ella se deriven"*

*De esta manera, si se llegara a concluir que era necesario que existiera la autorización de la asamblea dentro del proceso licitatorio, es claro que dicha autorización existió. Si bien la autorización específica para conformar la sociedad fue posterior a la firma del contrato de promesa, ello en manera alguna podía dar lugar a rechazar la, oferta, pues se trataba de un aspecto que no era relativo al contrato de concesión y era subsanable y por ello no podía dar lugar a un rechazo, tal y como lo ha explicado la doctrina.*

En lo que tiene que ver con los requisitos esenciales de la propuesta señala:

*Bajo el primer cargo el recurrente también señala la inmutabilidad de los requisitos indicados en el pliego y precisa que la calidad misma del contratista es un requisito indispensable para la selección el cual no puede ser ignorado por la administración.*

*Sobre el punto y como lo señaló el Tribunal, en la ley colombiana no es causal de rechazo cualquier clase de defecto en una propuesta frente a lo que dispone el pliego de condiciones.*

*Desde esta perspectiva es importante destacar que en casos de licitaciones en los que el contrato se celebrara con una sociedad futura, los adjudicatarios son los proponentes y ellos asumen la obligación de constituir la sociedad y celebrar el contrato de concesión y sino lo hacen incumplen su propuesta. El contrato de promesa de sociedad no es entonces un elemento esencial como lo pretende el recurrente, porque ni siquiera es parte de él la entidad pública que adelanta el proceso de contratación.*

*En esta medida los defectos en el citado documento no conducen al rechazo de una propuesta. En efecto, la ley 80 de 1993 busca ante todo asegurar que los procesos licitatorios cumplan su finalidad y se seleccione la propuesta más favorable a la entidad estatal, sin que para ello sean obstáculo los vicios o defectos meramente formales.*

*(…)*

*Finalmente, el artículo 29 establece que la selección de contratistas será objetiva y que tiene tal carácter aquella 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". Dicho precepto define el ofrecimiento más favorable precisando que "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".*

*De lo anterior se desprende que la ley 80 de 1993 fijó como objetivo de los procesos de escogencia del contratista, la selección objetiva, esto es, lograr que se seleccione la oferta más favorable a la administración, y para lograr tal propósito estableció el principio de economía, el cual impone, en primer lugar, que no se pueden alegar defectos de forma. Igualmente el mismo principio prohíbe descalificar ofertas por el hecho de que se omitan requisitos necesarios para la futura contratación o para el proponente, cuando los mismos no fueran necesarios para la comparación de las ofertas.*

*De esta manera, la ley 80 de 1993 buscó superar aquellas prácticas en las cuales, olvidando que los procesos contractuales buscan lograr la mejor oferta para la administración pública, se descalificaban las ofertas por requisitos que no eran necesarios para la comparación de las propuestas. Para la ley 80 las ofertas no se pueden descalificar por falta de requisitos que se puede cumplir al momento de contratar.*

En cuanto a la falta de disponibilidad presupuestal:

*En este punto sostiene el recurrente que es un exabrupto pensar bajo el derecho societario que si una persona se compromete a suscribir un contrato de sociedad, no se está comprometiendo al mismo tiempo, a pagar su aporte social. Agrega que acaecida la condición de la promesa la constitución de la sociedad se dispara automáticamente y así la obligación de los accionistas se hace plenamente exigible. Agrega que la disponibilidad presupuestal era esencial para las ofertas y Ferrovías lo ignoró.*

*Sobre este punto nuevamente es necesario hacer hincapié es que jurídicamente no es posible confundir conceptos por conveniente que al recurrente le parezca. Como bien lo señaló el Tribunal, una cosa es el contrato de promesa que genera obligaciones de hacer y otra es el contrato prometido que puede generar obligaciones de dar, hacer o no hacer.*

*Además debe distinguirse entre el contrato que se celebraría con Ferrovías como consecuencia de la licitación y el contrato que los proponentes celebrarían entre ellos para ejecutar aquél contrato.*

*La falta de disponibilidad presupuestal que alega el demandante se refiere al contrato de sociedad y no al contrato de concesión. Siendo así las cosas, los efectos de la eventual falta de disponibilidad presupuestal no tiene porque afectar a Ferrovías, porque no se refieren al contrato que se celebraría con ella. Admitir la tesis del demandante implicaría aceptar que si una parte presenta una propuesta a una entidad pública y para desarrollar el contrato consecuencia de dicha propuesta celebra uno con un tercero, podría invocar la invalidez de este último contrato para escapar a las consecuencias de la obligatoriedad de su propuesta. Es claro que esta conclusión es inadmisible. Quien presenta una propuesta se obliga a realizar todos los actos necesarios para cumplirla, sin que pueda invocar actos de terceros. Así ha sostenido tradicionalmente la jurisprudencia y la doctrina que una persona no puede pretender exonerarse del cumplimiento de su contrato alegando el hecho de las personas a las que ella acude para cumplirlo.*

***(…)***

*Pero aún si no se aceptara lo anterior, y se sostuviera que es necesario la certificación de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, debe observarse que en todo caso, la omisión de tal requisito no excluye la existencia del compromiso y es por ello que el mismo artículo ya citado establece "Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38 de 1989, art. 86, Ley 179 de 1994, art. 49)".*

*Si la exigencia de la disponibilidad presupuestal impidiera que existiera el compromiso contractual, entonces la ley no hubiera establecido que cualquier compromiso comprometería la responsabilidad pecuniaria de quien lo asuma, pues no habría responsabilidad que asumir.*

*Lo anterior demuestra que el certificado de disponibilidad y el registro presupuestal son requisitos que se requieren para celebrar el acto, pero ello no implica que el acto no existe cuando no se cuenta con ellos, sino que en tal caso quien no verificó el cumplimiento de tal requisito y asumió el compromiso contrae una responsabilidad pecuniaria por el monto del compromiso.*

En lo que se refiere a la violación al principio de igualdad porque se le permitió a uno de los proponentes adicionar la oferta, con ocasión de las aclaraciones solicitadas por FERROVÍAS sostiene:

*“Además la solicitud de aclaraciones de Ferrovías y la presentación del documento del 21 de noviembre de 1997 no violó el principio de igualdad entre los proponentes y el debido proceso.*

*En efecto, en primer lugar, es claro que desde la presentación de su oferta los integrantes del grupo FEPAZ habían manifestado su voluntad en el sentido de que se crearía una sociedad para que fuera la misma la que celebrara el contrato de concesión. A tal efecto presentaron un contrato de promesa de sociedad que en sentir del actor no cumple las condiciones exigidas por la ley. Ahora bien, con el fin de dar respuesta a una solicitud de Ferrovías acompañaron un contrato de promesa, que el propio demandante manifiesta cumple los requisitos legales.*

*Como se puede apreciar, la conducta de FEPAZ no alteró la oferta en sí misma considerada, pues no cambió los elementos esenciales de la misma. En particular desde el momento en que la oferta fue presentada era claro que se constituiría una sociedad. De esta manera el documento del 21 de noviembre de 1997 solamente ratificaba el compromiso que ya habían expresado las partes, y lo hace con el fin de despejar cualquier duda sobre el particular.*

*Desde este punto de vista no se ve porque afecta a FCA el hecho que FEPAZ haya presentado el documento del 21 de noviembre, a menos que se acepte que en los procesos de contratación del estado lo que importa no es cuál es la mejor oferta para el Estado sino cual es formalmente perfecta. Es claro que esto es precisamente lo que quería evitar la ley 80 de 1993.*

*La argumentación del demandante lo que demuestra es que no está de acuerdo con la ley, pues pretende que la falta de cualquier requisito exigido por los pliegos debe dar lugar a\* la descalificación. Claramente la ley 80, como ya se demostró, y lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado se aparta de esta concepción. En efecto ella dispone: "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos" (se subraya). De esta manera, en toda licitación hay requisitos que son subsanables así se hubieran exigido en los pliegos, incluyendo la ausencia de requisitos referidos al contrato futuro o al proponente, siempre que ello no afecta la comparación de las propuestas, y por ello no pueden dar lugar al rechazo de la propuesta. Ello no es absurdo, porque precisamente la seriedad de las propuestas se encuentra respaldada por una garantía.*

En cuanto a la violación de las normas relativas al contrato de promesa:

*“Sobre este punto nuevamente es necesario insistir en que la sociedad futura que se promete constituir no es el proponente. En efecto, una persona que no existe no puede realizar una manifestación de voluntad, es decir un acto jurídico y por ello no puede formular una propuesta. De este modo, los reales proponentes son quienes manifiestan que en el evento en que se les adjudique constituirán una sociedad bajo determinadas condiciones. Es esto lo que dispone la ley 80 de 1993 cuando en el cuarto inciso del parágrafo 2o del artículo 32 dispone: "Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente"*

*De esta manera se despeja la duda que pretende crear el demandante en cuanto a los riesgos que se generan para la entidad estatal por el hecho de que el contrato de promesa no cumpla determinados requisitos. En efecto, la entidad que adjudica no es parte en el contrato de promesa y por ello no la afectan los eventuales defectos que tenga la promesa. Para la entidad que adjudica lo que importa es la propuesta que haya sido presentada. Por consiguiente quienes presentan una propuesta para celebrar un contrato y ofrecen constituir una sociedad para tal efecto, asumen la obligación de hacerlo en caso de ser adjudicatarios, y por ello si no se constituye la sociedad incumplen su propuesta, con las consecuencias que ello apareja, de igual manera que incumple quien al formular una propuesta presenta un esquema determinado para ejecutar el contrato y no lo hace.*

*Por otra parte debe advertirse que el contrato de promesa no era esencial y por ello los eventuales defectos que presentara no tenían trascendencia. En efecto, la licitación abierta por Ferrovías tenía por objeto (página 1a del Pliego de Condiciones, obrante a Folio 259 del Tomo II de los anexos de la demanda) "la celebración de un contrato estatal de CONCESIÓN, con el objeto de que el CONCESIONARIO a quien se le adjudique el contrato adelante la REHABILITACIÓN, CONSERVACIÓN, OPERACIÓN y EXPLOTACIÓN de la infraestructura de transporte férreo de carga de la red Atlántica". Dentro de esta licitación los interesados debían presentar propuestas. Ahora bien, de conformidad con el artículo 845 del Código de Comercio "La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio...". Por consiguiente, los elementos esenciales de la oferta eran precisamente aquellos que constituyen elementos del contrato de concesión. En efecto, el Código Civil establece en el artículo 1501 que "Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente..."*

***(…)***

*Ahora bien, el demandante sostiene que se omitieron algunos requisitos del artículo 110 del Código de Comercio, que no precisa. A este respecto debe observarse que el artículo 113 del Código de Comercio establece que si se omitieron "las estipulaciones indicadas en el artículo 110, o expresado en forma incompleta o en desacuerdo con el régimen legal del respectivo tipo de sociedad, podrán otorgarse escrituras adicionales, por los mismos socios, antes de que se haga la correspondiente inscripción. Tales escrituras se entenderán incorporadas al acto de constitución de la sociedad". Así mismo, dispone el artículo 115 que "Hecho en debida forma el registro de la escritura social, no podrá impugnarse el contrato sino por defectos o vicios de fondo, conforme a lo previsto en los artículos 104 y siguientes de este Código."*

*Por consiguiente, de conformidad con el Código de Comercio si se omiten alguna de las precisiones contenidas en el artículo 110, es posible subsanar tal omisión por un acto complementario. Además, de conformidad con el artículo 115, si se omitieron alguna de las menciones contenidas en el artículo 110, la consecuencia no es la nulidad del contrato de sociedad a menos que ello implique un vicio o defecto de fondo de conformidad con el artículo 104 y siguientes. Ahora bien, el artículo 104 del Código de Comercio se remite al 101 del mismo Código que establece que "Para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos".*

*Si las omisiones de requisitos contemplados en el artículo 110 se pueden subsanar y si además no dan lugar a la nulidad de la sociedad es claro que no se puede sostener que tales condiciones constituyan elementos esenciales. Lo anterior además se confirma si se observa que la ley contempla la sociedad de hecho, que es aquella que surge sin que se otorgue escritura pública y por ello sin que se cumplan los requisitos del artículo 110 del Código de Comercio. Si la sociedad de hecho existe es porque los requisitos del artículo 110 no son esenciales. De esta manera los requisitos a que aduce el demandante no son esenciales. Si ello es válido para el contrato de sociedad, con mayor razón lo es para la promesa.*

***(…)***

*Adicionalmente, el hecho de que la administración decida no pronunciarse sobre la validez de dicho contrato no pone en riesgo el interés público, pues se pueden presentar una de dos cosas: o que finalmente se celebre el contrato de sociedad y esta última contrate con la entidad estatal y en tal caso cualquier vicio de la promesa es irrelevante, o que, por el contrario, no se celebre el contrato de sociedad, y en tal caso habrá un incumplimiento por parte de los adjudicatarios con las consecuencias que contempla la ley. No sobra destacar que siempre existe el riesgo de que el proponente no cumpla su propuesta y no suscriba el contrato y es por elfo que la ley exige garantías de seriedad y contempla sanciones para tal evento.*

*Por lo demás aún si no se aceptara que la promesa satisface las condiciones necesarias para el contrato de promesa de sociedad, en todo caso la misma implica una asociación. En efecto, en virtud del acuerdo celebrado quienes lo firman convienen desarrollar una actividad en conjunto, lo cual constituye la esencia misma de la asociación. En tal caso deberían aplicarse los principios de la conversión del negocio jurídico consagrados por el artículo 904 del Código de Comercio, el cual dispone lo siguiente:*

*Por consiguiente, si se concluye que no se cumplen los requisitos del contrato de promesa de sociedad, en todo caso se trata de un convenio de asociación y es evidente que si las partes hubieran conocido que no había una promesa válida, aceptarían que su acuerdo produzca los efectos del convenio de asociación y tal modalidad estaba expresamente prevista en los pliegos.*

En cuanto a que la propuesta económica del adjudicatario se encontraba condicionada, la demandada precisó:

*Señala el recurrente que la propuesta económica de FEPAZ se encontraba condicionada por razón de las aseveraciones que se incluyeron en ella. Señala el recurrente que la interpretación del A-quo es la puerta al capricho y a la inseguridad, pues a su juicio realmente la propuesta estaba sujeta a una condición, pues se advierte que si no hay financiación no se firmará el contrato. Igualmente se pregunta si tampoco se firma el contrato si Ferrovías no colabora eficazmente en mantener en condiciones de uso el corredor. Señala que lo que se buscaba era introducir elementos que le permitieran al adjudicatario retirarse del proceso o del contrato por hechos externos, liberándose de los riesgos que los pliegos habían colocado en su cabeza, por lo cual el riesgo financiero y de mantenimiento pasó a ser de Ferrovías.*

*Sobre el punto es necesario indicar lo siguiente:*

*Como bien lo señaló el Tribunal, las manifestaciones contenidas en la propuesta económica no condicionaron la propuesta.*

*En efecto, además de las expresiones que destaca el recurrente, en la carta de presentación de la propuesta el proponente expresa que: "13. Esta propuesta se presenta de manera irrevocable e incondicional". (Se subraya)*

*Por lo anterior y con el fin de tener claridad sobre el alcance de las expresiones incluidas en la oferta económica a las que alude el recurrente, FERROVÍAS envió una comunicación al proponente, la No. 01059, el 10 de diciembre de 1997 (tomo V del anexo de la demanda) haciendo referencia a la totalidad de las consideraciones y solicitando "un pronunciamiento inequívoco en el sentido de aclarar si tales presupuestos, interpretaciones unilaterales del sentido de los pliegos o de la ley aplicable y afirmaciones son condiciones a cuyo cumplimiento se encuentra subordinado su compromiso de cumplir con la ejecución del plan de obras de rehabilitación y con la oferta presentada, o si se acata el texto del Pliego, tal como aparece, sin condicionamientos de ninguna clase".*

*Así solicitó precisiones sobre cada una de las consideraciones incluidas en el documento presentado por el proponente.*

*Por comunicación del 12 de diciembre de 1997, FEPAZ, se pronunció sobre la solicitud de Ferrovías analizando el alcance de cada una de las consideraciones, para precisar que las mismas no tenían por objeto condicionar el contrato. Al final de dicha comunicación expresó:*

*"PRIMERA. La interpretación que debe darse al escrito adicional, adjunto al SOBRE UNO es el de una información remitida con un carácter general, pudiendo considerarse irrelevante, y debiéndose entender que los documentos incluidos a folios 1154 a 1297, incorporadas dentro de la documentación allegada en el SOBRE UNO (1) de la oferta presentada por FEPAZ S.A. (ASOCIACIÓN FUTURA) es de aquellos documentos a los que debe dársele el tratamiento previsto en el inciso 9° del numeral 3.13 del pliego de condiciones, como pertinentemente lo interpreta Ferrovías, así se manifiesta de manera expresa y explícita, por este proponente en el presente escrito.*

*"SEGUNDA. El documento adjunto al SOBRE UNO (1), no tiene incidencia distinta de ser un escrito al que debe dársele el tratamiento señalado en el inciso 9° del numeral 3.13 del pliego de condiciones, de esta suerte se aclara y precisa de manera unívoca y términos inequívocos que las afirmaciones hechas en el documento en mención, no comprometen la validez y firmeza de la oferta, oferta que se cumplirá en los términos del pliego de condiciones.*

*"De análoga manera, en forma concreta - como se me solicita - el proponente que represento manifiesta que ha asumido de manera incondicional el compromiso de cumplir íntegramente a cabalidad la propuesta que se ha presentado, en su alcance jurídico, técnico y económico, conforme contextualmente aparece en el pliego de condiciones, sin más remuneración o compensación que la prevista en el Pliego de Condiciones, dentro del marco legal vigente al momento de presentación de nuestra propuesta y las modificaciones que sufra dicho marco legal en cualquier sentido y materia"*

*Frente a lo anterior, lo primero que debe observarse es la regularidad del procedimiento observado por FERROVÍAS. En efecto, el numeral 7° del artículo 30 de la ley 80 de 1993 prevé que la entidad puede solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estime pertinentes, por lo cual es claro que los mismos las puedan dar. Lo anterior implica por consiguiente que la entidad debe tener en cuenta dichas explicaciones, pues no tiene sentido poder pedir explicaciones para a reglón seguido no tenerlas en cuenta. Como quiera que el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, establece que dentro del término para formular observaciones los proponentes no pueden "completar, adicionar, modificar o mejorar" su propuesta, es claro que lo que si pueden hacer es precisar el sentido de las expresiones contenidas en ella que son ambiguas. Realmente en el presente caso existía una ambigüedad producto de unas expresiones contenidas en la oferta económica, cuyo alcance no era claro si se tiene en cuenta que la carta de presentación de la propuesta claramente expresaba "13. Esta propuesta se presenta de manera irrevocable e incondicional". Es por ello que FERROVÍAS solicitó la aclaración, la cual era absolutamente pertinente y ajustada a la ley.*

*A lo anterior se agrega que lo que hizo FERROVÍAS tenía por objeto conocer claramente la intención de quien había realizado la manifestación de voluntad. Ahora bien, conocida claramente dicha intención, la misma es obligatoria de conformidad con el artículo 1618 del Código Civil.*

*En esta medida era claro que FERROVÍAS debía tener en cuenta los pronunciamientos que hizo FERAZ sobre el alcance de sus manifestaciones.*

*Además, quien presenta una propuesta en una licitación se somete a las reglas del mismo. En el presente caso dichas reglas habían previsto (página 68) que "No deberán incluirse catálogos, folletos o documentos cuyo contenido sea diferente al solicitado en los pliegos. En caso de que se incluyan, no serán tenidos en cuenta para ningún efecto...". (Se subraya). Es decir que si hubiese algún condicionamiento, el mismo carecía de valor.*

*Así mismo, si se examina las consideraciones se encuentra que ninguna de ellas puede calificarse de condición. En efecto, en ninguna de ellas se expresa que el compromiso del proponente queda sujeto a un hecho futuro e incierto. Lo que se expresa son las razones que tuvo en cuenta el proponente para presentar su propuesta, que es cosa bien distinta a una condición. En efecto, como es bien conocido la condición es un hecho futuro del cual depende la existencia de una obligación. Las consideraciones que hace el proponente simplemente son algunos de los motivos de su consentimiento, pero que no constituyen hechos futuros que condicionen las obligaciones.*

*Adicionalmente, las consideraciones incluidas no eran ajenas a lo previsto en el pliego de condiciones y a los principios de buena fe en la ejecución de los contratos y en varios casos eran simplemente la declaración de la base de la cual partía el proponente. Debe observarse que el demandante no formula observaciones sobre todas las consideraciones que hizo FEPAZ si no sólo sobre algunas de ellas. No existe claridad sobre por qué hace esta distinción. Pero como el mismo la hace y circunscribiéndonos entonces a las que éi cuestiona en su recurso, se encuentra lo siguiente:*

*La consideración 3a dispone:*

*“3. Igualmente, -parte de que FERROVÍAS, como propietaria que es y continuará siendo, de la vía férrea y de su zona de seguridad, colaborará decididamente y eficazmente para que el corredor que se entregue se mantenga en condiciones tales que pueda garantizar el derecho de uso y explotación que otorga en concesión..."*

*En relación con esta consideración señala el demandante que ella subordina el cumplimiento de la propuesta a la gestión de FERROVÍAS, por lo cual en el evento en que ésta no colabore eficazmente en mantener la vía férrea en condiciones tales que pueda garantizar su derecho de uso y explotación, la propuesta de FEPAZ pierde validez.*

*Lo primero que debe observarse es que si una entidad concede la explotación de un bien o servicio, es claro que dicho bien o servicio debe corresponder a la entidad estatal, pues ella no podría conceder un bien o servicio del cual no es titular. En esta medida es apenas natural que quien otorga la concesión debe asegurar que se pueda explotar el bien o servicio. Ello es lo propio de todo contrato que otorga el derecho a gozar de un bien. Esto además se deduce del deber de obrar de buena fe en la ejecución del contrato, pues como lo ha dicho la doctrina dicho deber implica realizar todas las conductas necesarias para que cada parte pueda lograr el fin previsto al contrato. En este caso lograr que el ferrocarril del Atlántico funcione correctamente.*

*Además, así lo dispone el pliego en la letra g) del numeral 2.11.1 cuando establece que FERROVÍAS tendrá las siguientes obligaciones:*

*"En el caso de la CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE FÉRREO DE CARGA, garantizar el derecho de uso y EXPLOTACIÓN que otorga en CONCESIÓN y salir al saneamiento en caso de que se perturbe el ejercicio de los derechos que confiere al CONCESIONARIO el CONTRATO DE CONCESIÓN, siempre y cuando dicha perturbación se produzca como consecuencia de hechos originados con anterioridad a la fecha de suscripción del acta de iniciación de la CONCESIÓN"*

*Ahora bien, en la respuesta a la solicitud de aclaraciones los proponentes manifestaron:*

*"La consideración que hemos hecho se enmarca perfectamente dentro de la obligación que asume FERROVÍAS según el Pliego de Condiciones, numeral 2.11.1 de garantizar el derecho de uso y explotación que otorga en concesión. No cabe deducir de nuestra manifestación que pretendamos imponer con ella a FERROVÍAS mayores obligaciones que las que esta sume de conformidad con el Pliego de Condiciones".*

*Así mismo manifestaron que dicha consideración "no afecta en absoluto ni la validez ni la firmeza de nuestra propuesta técnica y económica, cuyo cumplimiento nuestro grupo está asumiendo como un compromiso incondicional..."*

*De otra parte, no se puede afirmar que la consideración que se ha trascrito implique que la propuesta de FEPAZ pierde vigencia si FERROVÍAS no garantiza el uso y explotación del bien. En efecto, tal consecuencia, que es de la cosecha del actor, no aparece en la propuesta, y lo que habría es una discusión acerca de si existió un incumplimiento de FERROVÍAS.*

*Es importante señalar que el recurrente no menciona la quinta consideración a la cual se refirió en su demanda, por lo cual es de entender que sobre ella no tiene hoy reparo.*

*Establece la sexta consideración lo siguiente:*

*"6. Conforme a lo establecido en el numeral 3.25 del Pliego de Condiciones, el proponente está dispuesto a firmar el contrato de concesión conforme a la minuta que fue incluida como Anexo 21, en el entendido que su texto se ajusta a la Constitución y a las leyes de la República de Colombia y permite obtener de las financieras la financiación requerida para la realización del proyecto."*

*La primera parte de esta consideración es apenas obvia. Toda persona entiende que cuando celebra un contrato el mismo se ajusta a la Constitución Política y la ley, pues sí ello no es así el contrato sería nulo y por ello quedaría privado de eficacia. Decir que tal manifestación implica condicionar ilegalmente la propuesta, implicaría entonces afirmar que una persona puede estar obligada a celebrar un contrato contrario a la Constitución Política o a la ley. Lo anterior demuestra lo absurdo del planteamiento del demandante.*

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. **COMPETENCIA**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia del Decreto Ley 597 de 1988 para que esta Corporación conozca del mismo en segunda instancia[[2]](#footnote-2).

1. **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la actora, en orden a que se declare la nulidad de la resolución n.° 0052 de 27 de enero de 1998, mediante la cual la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS–FERROVÍAS adjudicó la Licitación Pública n.° 01-97 a la sociedad futura "FERROCARRIL DE LA PAZ S.A. - FEPAZ S.A." y se le reconozcan los perjuicios causados, por haber presentado la mejor propuesta.

**3. HECHOS PROBADOS**

**3.1. Cuestión previa**

Las pruebas documentales aportadas por las partes, en las oportunidades procesales respectivas, serán valoradas por cumplir los requisitos legales.

3.1.1. Obra el pliego de condiciones correspondiente a la licitación pública n.° 001 de 1997, para la concesión de la red férrea nacional-Red Atlántica-. –cuaderno n.º 3-. Se destacan las siguientes cláusulas:

***(…)***

* 1. ***CONVOCATORIA DE LA LICITACIÓN***

*La EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS- FERROVÍAS-., Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Transporte, conforme a lo dispuesto en la Resolución n.° 1664 del 26 de diciembre de 1996 expedida por la Empresa Colombiana de Vías Férreas-FERROVÍAS-, convoca a la licitación pública n.° 001-97 para la celebración de un contrato estatal de CONCESIÓN, con el objeto de que el CONCESIONARIO a quien se le adjudique el contrato adelante la REHABILITACIÓN, CONSERVACIÓN, OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN de la infraestructura del transporte férreo de carga de la red Atlántica, en los términos prescritos en los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 30 de la Ley 105 de 1993, y de acuerdo con las condiciones y requisitos previstos en el presente pliego.*

***1.7 CONDICIONES DEL PROPONENTE***

*Podrán participar en la presente licitación todas las personas o grupos de personas que cumplan las siguientes condiciones*

***1.7.1. Condición jurídica***

*"Para la presentación de la propuesta, los proponentes podrán presentarse a la licitación:*

*“i) Individualmente, bajo la forma de personas naturales;*

*ii) Individualmente, bajo la forma de personas jurídicas;*

*iii) Conformando una unión temporal o consorcio, o cualquier otra clase de grupo o asociación, cuyos integrantes podrán tener la calidad de personas jurídicas o naturales.*

***1.7.3. CAPACIDAD ECONÓMICA DEL PROPONENTE***

1. *Cuando las personas naturales o jurídicas que lo integran posean conjuntamente un patrimonio neto de TREINTA MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US $ 30.000.000,oo)*

*(…)*

***1.7.4. EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL***

*Las personas jurídicas colombianas o extranjeras con sucursal en Colombia deberán acreditar su existencia mediante (…)*

*Si una propuesta es presentada por dos o más personas, estás deberán otorgar poder especial a un representante común con facultades suficientes para actuar, obligar y responsabilizar a todos y cada uno de los coparticipes en el trámite de la licitación, lo cual deberá consignarse de manera clara y expresa en el poder correspondiente.*

*En el evento en que la propuesta establezca la creación de una nueva sociedad, mediante la cual los PROPONENTES ejecuten el CONTRATO DE CONCESIÓN en caso de serle adjudicada la licitación, deberá adjuntarse, además de los documentos de existencia y representación legal de los constituyentes, el documento de promesa de constitución de la nueva sociedad, en el cual deberá manifestarse expresamente que su perfeccionamiento se sujetará únicamente a la adjudicación del contrato de concesión" (subraya de la Sala)*

*Si se trata de uniones temporales, consorcios o PROPONENTES reunidos bajo cualquier otra forma DE ASOCIACIÓN, lo deberán indicar así en la carta de presentación de la propuesta, y adjuntarán el acuerdo de unión, consorcio o asociación correspondiente, en el que deberán señalar los términos y extensión de su participación en la propuesta (…).*

***OBJETO DE LA CONCESIÓN***

*Se otorgará en concesión:*

*"I) La infraestructura de transporte férreo que forma parte de la red atlántica, según determinación que de la misma se hace en el numeral 2.1.1., para su rehabilitación, conservación, operación y explotación por parte del concesionario, infraestructura que....incluye las siguientes líneas:*

***-*** *Bogotá (Km. 5) - Belencito (PK 262).*

***-*** *La Caro (PK 34) - Lenguazaque (PK 110).*

***-*** *Bogotá (Km. 5) - Dorada (Pk 200) - Mariquita (PK 251).*

***-*** *Dorada (PK 200) - Barrancabermeja (PK 444).*

***-*** *Barrancabermeja (PK 444) - Chiríguana (PK 724).*

***-*** *Puerto Berrío (PK 333) - Medellín (Bello) (PK 509)".*

*"Adicionalmente, forman parte de la Concesión las instalaciones ferroviarias distintas de la línea principal, definida en el contrato celebrado entre Ferrovias y Drummond Ltda., contenido en la escritura pública número 4476 del 13 de septiembre de 1991....que se encuentran situadas entre Chiríguana y Santa Marta, e inclusive ubicadas en las mencionadas poblaciones" (folio 267 del c. 3).*

***(…)***

***2.1.2. ENTREGA Y EXCLUSIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES CONCESIONADOS***

***(…)***

*Los inmuebles entregados en CONCESIÓN se encontrarán bajo la responsabilidad, administración, vigilancia y control del CONCESIONARIO a partir de la fecha de la firma del acta de entrega de bienes inmuebles, la que será suscrita por las partes en la fecha en que se suscriba el acta de iniciación de la CONCESIÓN.*

*En caso en que por cualquier circunstancia el bien no pueda ser utilizado, bien sea porque resulte imposible acceder al mismos o porque su utilización no sea viable de acuerdo a su estado actual al momento de la entrega, el CONCESIONARIO no estará obligado a recibir el bien hasta tanto no sea solucionado el problema que hace imposible su utilización, responsabilidad que estará a cargo de FERROVÍAS y bajo su cuenta y riesgo. Una vez sea posible hacer entrega del bien al CONCESIONARIO, FERROVÍAS procederá a ello a efectos de lo cual se suscribirán las actas complementarias que se requieran.*

*2.1.3. Entrega y exclusión de los bienes muebles y del material rodante concesionado.*

*(…)*

*El CONCESIONARIO podrá objetar por escrito el contenido del listado mencionado hasta la fecha de toma de posesión de los bienes concesionados, con el fin de que se excluyan aquellos bienes de los que no se pudiere tomar posesión por cualquier circunstancia, lo cuales se consideran recibidos únicamente hasta cuando se tomé posesión efectiva de los mismos, de lo cual se dejará constancia en actas de entrega complementaria en su oportunidad.*

*(..)*

*2..3-* ***OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONCESIONARIO COMO CONTRAPRESTACIÓN POR LA CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA-***

*"El concesionario adquiere la obligación de realizar las obras de rehabilitación y conservación de la infraestructura de transporte férreo.... y de garantizar tanto su operación eficiente, como la adecuada prestación del servicio de transporte férreo de carga...".*

***2.5. VALOR Y MONEDA DEL CONTRATO***

*2.5.1. Valor del contrato*

*El valor del contrato de concesión será indeterminado*

*(…)*

*2.6. FINANCIACIÓN DEL PROYECTO*

*2.6.1. Aportes de FERROVÍAS*

***2.6.1.1. Para las labores de REHABILITACIÓN***

*FERROVÍAS ofrece aportar para la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación, hasta una cifra equivalente al valor nominal en pesos colombianos, de US$ 140.000.000 (dólares de los Estados Unidos de América), liquidados a la fecha de apertura de la licitación de acuerdo con la tasa de cambio representativa del mercado certificada para ese día....sin que pueda requerirse en todo caso, un aporte anual superior al equivalente a US$ 35.000.000....ni aportes por más de 5 años".*

***(…)***

*"La suma que solicite el concesionario como aportes de Ferrovías, para la ejecución del plan de obras de rehabilitación, deberá ser determinada por él, a partir de la evaluación que haga de los términos de la concesión.* ***Esto implica que el concesionario, si lo encuentra adecuado, podrá no requerir ningún aporte de Ferrovías e inclusive podrá ofrecer la suma de dinero que estime necesaria con el propósito de obtener la adjudicación de la concesión****, caso este último en el cual el desembolso del aporte que el concesionario ofrece a Ferrovías, deberá preverse para el 31 de abril de cualquiera de los primeros cinco días subsiguientes a la fecha de la adjudicación".*

*(…)*

*2.7. APORTES DEL CONCESIONARIO A FERROVÍAS*

*El concesionario aportará a FERROVÍAS una suma equivalente al diez por ciento (10 %) del total de los ingresos que este último transfiera al CONCESIONARIO de acuerdo con lo previsto en el numeral 2.6.1.2. del presente pliego.*

*En el caso en que este aporte del 10% se reduzca por debajo de lo expresado en los literales a y b del numeral 2.6.1.2. de este pliego, el valor efectivo del aporte contemplado como remuneración del CONCESIONARIO, éste último únicamente aportará a FERROVÍAS la diferencia entre la remuneración por tonelada de carbón transportada y transferida por FERROVÍAS y la expresada en el numeral 2.6.1.2.*

*2.8. PLAZO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN*

*El plazo o término del contrato de concesión será de TREINTA (30) AÑOS, el cual se empezará a contar a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de la CONCESIÓN.*

*(…)*

*2.11. OBLIGACIONES DE LAS PARTES*

*2.11.1. Ferrovías tendrá las siguientes obligaciones:*

*a.- Para el caso de la CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE FÉRREO DE CARGA, entregar al CONCESIONARIO la vía férrea y los demás activos que se ofrecen en CONCESIÓN, en las condiciones previstas en este pliego y en el correspondiente contrato.*

*g.- En el caso de la CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE FÉRREO DE CARGA garantizar el derecho de uso y EXPLOTACIÓN que otorga en CONCESIÓN y salir al saneamiento en caso de que se perturbe el ejercicio de los derechos que confieren al CONCESIONARIO el CONTRATO DE CONCESIÓN.*

*2.11.2. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO*

1. *La REHABILITACIÓN Y CONSERVACIÓN de la INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE FÉRREO concesionada, en condiciones de seguridad para la circulación, durante el término de la concesión.*
2. *Garantizar la prestación del SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE (...)*
3. *Asumir por cuenta propia o con cargo a la obtención de créditos, la financiación total del PLAN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN que presente con su propuesta, según lo descrito en estos pliegos, en lo que exceda el aporte requerido de FERROVÍAS y, así mismo, asumir por su cuenta y riesgo el costo de las actividades de CONSERVACIÓN y OPERACIÓN que deba realizar en tota la infraestructura relacionada con esta CONCESIÓN, en los términos del numeral 2.1. del presente pliego*

*(…)*

*3.9. MODIFICACIONES Y ACLARACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES.*

*3.9.1. Audiencias aclaratorias*

*Con el objeto de aclarar el alcance y contenido de este pliego, FERROVÍAS efectuará las audiencias aclaratorias que se requieran, cuando así lo solicite por escrito a cualquiera de los proponentes, según lo estime conveniente FERROVÍAS, teniendo en cuenta los otros medios previstos en el presente pliego absolver las dudas e inquietudes que manifiesten los PROPONENTES.*

*(…)*

***3.13. PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS***

*Las propuestas constarán de dos (2) sobres separados, cada uno de los cuales debe venir debidamente identificado así: SOBRE 1 Y SOBRE 2".*

*(…)*

*3.14. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS*

*El contenido de los sobres a que se refiere el primer párrafo de este numeral, será el siguiente:*

***3.14.1. SOBRE 1***

*"En el sobre 1 deberán incluirse en original, los documentos que se relacionan a continuación:*

1. *Carta de presentación de la propuesta, debidamente suscrita por el representante legal (…)*
2. *El compromiso de todos los integrantes de la propuesta de asumir las responsabilidades emergentes del presente pliego, en caso de resultar adjudicada la CONCESIÓN a su propuesta, firmado por el representante legal de cada una de las firmas integrantes del PROPONENTE, debidamente autorizado de acuerdo con su estatuto social si fuere el caso.*

*"3. El acuerdo del consorcio, unión temporal o asociación, los estatutos sociales en caso de tratarse de una persona jurídica, o la promesa de sociedad, según sea la modalidad bajo la cual se presente el proponente".*

***3.14.2. SOBRE 2***

*"De acuerdo con el formato incluido en el anexo 20, se indicará:*

*"I) El monto anual de aportes que el proponente solicita de Ferrovías, en los primeros cinco (5) años de CONCESIÓN, para desarrollar su plan de obras de rehabilitación, debiendo sujetarse para estos efectos a las condiciones y términos previstos en el numeral 2.6.1. del presente pliego; o*

*ii) El monto de dinero en pesos que ofrece por la concesión, indicando el año del pago en un plazo que no supere los primeros cinco (5) años de la CONCESIÓN*

*Los subnumerales I) y II) son mutuamente excluyentes*

***3.14.3. PROPUESTAS ALTERNATIVAS***

*Quien en ejercicio de la facultad consagrada en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, presente alternativas o excepciones técnicas o económicas, deberá hacerlo en documentos separado del resto de la propuesta (…)*

*En todo caso, la presentación de propuestas alternativas, no exime al proponente de la obligación de presentar una propuesta básica que cumpla estrictamente y se sujete a todos y cada uno de los requisitos del pliego (…)*

***3.15. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN SOBRE LAS PROPUESTAS***

*Ferrovías podrá requerir a los proponentes las aclaraciones formales que considere necesarias, entendiéndose por formales aquellas que no impliquen modificar o complementar la propuesta, ni alterar el principio de igualdad entre los proponentes.* ***Especialmente, se entenderá que se modifica o complementa la propuesta, cuando las aclaraciones que se efectúen impliquen la modificación del plan de obras de rehabilitación que fue incluido en la propuesta".***

*(…)*

*En todo caso, FERROVÍAS únicamente requerirá la información que considere conveniente dentro del plazo máximo señalado para la evaluación de la propuesta, y no podrá emitir el resultado de la evaluación que efexctue, sino cuando se hayan vencido los plazos concedidos a los proponentes.*

*(…)*

*"Sólo se abrirán los sobres marcados SOBRE DOS (2), de aquellas propuestas que hayan sido aceptadas, una vez concluida la evaluación interna realizada por Ferrovías de los sobres marcados SOBRE UNO (1), de lo cual se dejará constancia en acta que se suscribirá en el momento de apertura de los sobres marcados SOBRE DOS (2).*

***3.20. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS***

***A*** *partir de la fecha de apertura del SOBRE UNO (1), FERROVÍAS verificará que dicho sobre contenga toda la información requerida en el numeral 3.14.1. del presente pliego.*

*La omisión de cualquiera de los documentos descritos en el numeral 3.14.1 del presente pliego, que se refiere al contenido del sobre 1, será causal de rechazo de la propuesta, salvo que el mismo sea aportado a solicitud de Ferrovias".*

*"Se entenderá por omisión, la ausencia física de los documentos, o la ausencia de cualquiera de los elementos, información o contenido que debe tener cada documento, de acuerdo con lo dispuesto en el presente pliego".*

***3.21. INFORME DE EVALUACIÓN***

*Se preparará un solo informe definitivo que contenga el resultado de la evaluación de los SOBRES 1 de todas las propuestas, y de los SOBRES 2 de aquellas propuestas cuyo SOBRE 1, no hubiera provocado el rechazo de la propuesta, y que haya sido calificado "PASA" en su evaluación interna".*

***(…)***

***3.23. RECHAZO DE LA PROPUESTA***

*Las siguientes serán causales suficientes para rechazar las propuestas que se presenten dentro de la presente licitación:*

*" 1. Cuando el proponente esté inhabilitado o inmerso en alguna causal de incompatibilidad, o no cumpliere los requisitos establecidos en el capítulo 3 del presente pliego.*

*2.- Cuando se presente cualquier ambigüedad o imprecisión en las partes esenciales de las propuestas, que impida su comparación como resultado de omisiones, desviaciones o errores y/o incumplimiento de las instrucciones de este pliego de condiciones.*

*(…)*

*"****4.*** *Cuando se presente la propuesta en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición".*

*8.- Cuando se omitan los requisitos legales que impidan la comparación objetiva de las propuestas.*

*3.26. SUSCRIPCIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN*

*El contrato de concesión se formalizará mediante su suscripción por las partes".*

*"Para dicha suscripción, las partes tendrán un término máximo de 3 meses, contados a partir de la fecha de la adjudicación".*

3.1.2. Mediante Ordenanza n.° 001 de 12 de enero de 1995, la Asamblea Departamental de Santander autorizó al gobernador por el término de tres años para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes –folio 1193 C. 5-. Se destaca artículo primero:

*"...por el término de 3 años para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes de la entidad".*

3.1.3. Mediante Ordenanza n.° 028 de 14 de octubre de 1997, proferida por la Asamblea del mismo Departamento se autorizó al gobernador para participar en la licitación pública n.° 001 de 1997 –folio 1201 del cuaderno n.° 5-.

*"...para que suscriba documentos de constitución de sociedad futura o consorcio para participar en la licitación pública No. 001 de 1997 de Ferrovias, y en el evento de serle adjudicado el contrato de concesión, conformar la sociedad que asuma frente a Ferrovias las obligaciones que de ella se deriven.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Otorgar al Gobernador del departamento de Santander amplias facultades para definir la participación accionaria del Departamento, en la respectiva sociedad o consorcio”.*

3.1.4. Mediante Ordenanza n.° 010 de 7 de mayo de 1997, la Asamblea Departamental del Cesar autorizó al señor Gobernador celebrar contratos y convenios con entidades de derecho público y privado –folio 471 del cuaderno principal y 1177 del cuaderno n.° 5-. Así

*ARTÍCULO PRIMERO: Facultase al señor Gobernador del Departamento del Cesar, por el resto de la actual vigencia (1997) para celebrar convenios y contratos con entidades de derecho público y privado, del orden Internacional, Nacional, Departamental y Municipal, para desarrollar programas y proyectos de interés y en beneficio del departamento del Cesar..*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Facultase al señor Gobernador de Departamento del Cesar para efectuar las operaciones presupuestales que se requieran para el cumplimento de los objetivos propuestos en la presente ordenanza”.*

3.1.5. Adicionalmente, según Ordenanza n.° 043 de 19 de diciembre de 1997, la Asamblea del Cesar autorizó al Gobernador para constituir la sociedad futura que asumiría frente a FERROVÍAS las obligaciones derivadas del acto de adjudicación -folio 485 del cuaderno principal-**.**

***Artículo Primero.-*** *Autorizar al Gobernador del Departamento del Cesar para conformar la sociedad que asumirá frente a FERROVIAS las obligaciones que de ella se deriven. -* ***Artículo Segundo.-*** *Otorgar al Gobernador del Cesar, amplias facultades para definir participación accionaría del Departamento, en la respectiva sociedad o consorcio****. - Articulo Tercero.-*** *Facultar al Gobernador del Departamento del**Cesar para realizar las diligencias pertinentes tendientes**a realizar las apropiaciones presupuéstales y todas**las gestiones que sean necesarias para el cumplimiento de**las**obligaciones que adquiera frente a la respectiva Sociedad o consorcio y frente a la Empresa Colombiana de Vías Férreas.*

3.1.6. Mediante escrito de 15 de septiembre de 1997, el Gobernador del Departamento del Cesar -folio 1035 del C. 4-, pone de presente su compromiso para participar como integrante de la sociedad futura FEPAZ S.A y seguir adelante con el proceso licitatorio.

*"Como integrante de la sociedad futura denominada "FERROCARRILES DE LA PAZ - FEPAZ S.A., manifiesto a usted que asumo todas y cada una de las responsabilidades y compromisos que se deriven del pliego de condiciones de la licitación indicada en la referencia, para el evento de ser esta sociedad la adjudicataria del contrato de concesión".*

3.1.7. Mediante escrito de 14 de septiembre de 1997, el Gobernador del Departamento de Santander -folio 1036 del C. 4-, pone de presente su compromiso para participar como integrante de la sociedad futura FEPAZ S.A y seguir adelante con el proceso licitatorio.

*"Como integrante de la sociedad futura denominada "FERROCARRILES DE LA PAZ - FEPAZ S.A., manifiesto a usted que asumo todas y cada una de las responsabilidades y compromisos que se deriven del pliego de condiciones de la licitación indicada en la referencia, para el evento de ser esta sociedad la adjudicataria del contrato de concesión".*

3.1.8. Consta que en documento de 15 de Octubre de 1997, en el término del cierre de la licitación, el señor Richard May Cabrera, representante de las entidades de derecho público y privado que integraron la asociación que a la postre integraría las Sociedad Futura "Ferrocarriles de la Paz S.A.- Fepaz S.A. acompañó la propuesta técnica-económica de la que se destaca -folio 1620 del C. 4-**.**

***-*** *"Que en el evento de ser beneficiarios de la adjudicación, nos organizaremos o constituiremos en Sociedad Mercantil de Naturaleza Anónima Mixta, que se denominará FERROCARRILES DE LA PAZ -FEPAZ S.A. El documento de intención adjunto constituye la promesa de contrato de sociedad, en el que los interesados han expresado claramente su voluntad para constituir la sociedad indicada.*

*Que conforme al poder especial anexo de la presente Carta de Presentación de la propuesta, se me designó –pata todos los efectos a que haya lugar- como la persona que representa a la Asociación proponente*

*(…)*

*Que en caso de que la Asociación Proponente, resultare favorecida con la adjudicación dentro del proceso de Licitación n.° 001 -97, nos comprometemos a suscribir el contrato correspondiente y a otorgar las garantías exigidas dentro de los plazos, por los valores y vigencias establecidas.*

*(…)*

*Que la oferta que ahora sometemos a su consideración tiene una validez de DOSCIENTOS SETENTA (270) días calendario, contados a partir de la fecha de cierre de la licitación pública n.° 001-97.*

*(…)*

*Que presentamos una propuesta alternativa a la propuesta básica, que esencialmente consiste en adecuar la infraestructura de transporte, para hacerla apta al transporte de pasajeros (…)*

*(…)*

3.1.9 Previamente, con fecha 7 de octubre de 1997, se suscribió la promesa de constitución de sociedad futura, suscrito por los proponentes y posteriormente adjudicatarios, como se lee a continuación -folio 1053 del c. 4-.

*“Gobernación del Departamento del Cesar (…), Gobernación del Departamento de Santander (…), Emcarbón S.A. (…), Dragados y Construcciones S.A. (…), Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (…), Fenit Servizi S.P.A. (…), Rail Indica Technical & Economic Services Ltda (…), Grodca S.C.A., (…), Consultores de Desarrollo S.A. (…), Hy-Tec Fodnas & Cia S. en C. (…), Maderas Santan Barbara Ltda(…), Transgranos Ltda (…), Sotecni S.P.A (…)*

*Las partes están interesadas en formar una asociación de empresas (en adelante la Asociación), de acuerdo con los términos y condiciones que más adelante se dirán, y presentar a Ferrovías una oferta para la ejecución del proyecto. Igualmente, y en caso de resultar adjudicataria dicha asociación, las partes constituirán una Sociedad Anónima, conforme lo dispone el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, bajo los siguientes parámetros generales: 1- Razón Social FERROCARRILES DE LA PAZ-FEPAZ S.A.- 2.- Domicilia principal: El domicilia de la sociedad será la ciudad de Valledupar. 3.-* ***Objeto Social:*** *El objeto de la sociedad será entre otros, la celebración y ejecución del contrato estatal de concesión correspondiente a la licitación pública n.° 001/97, en lo sucesivo denominada “La Concesionaria”, de acuerdo con los términos y condiciones que acuerden las partes y sean aceptadas por FERROVÍAS y conforme a la legislación Colombiana.* ***CLÁUSULAS: PRIMERA: Objeto.*** *Las partes acuerdan formar una asociación con los objetivos siguientes: a****.*** *Presentar una oferta conjunta en la licitación. b****.*** *Llevar a cabo la ejecución del proyecto, de resultar adjudicatarias, mediante la constitución de la concesionaria. c****.*** *Desarrollar todas las actividades que sean necesarias y que se deriven del contrato de concesión.* ***- Segunda:*** *Participaciones. En el supuesto de adjudicación del concurso a favor del grupo, las partes se comprometen, desde este momento, a participar en el capital social de la concesionaria que se constituya, de acuerdo con los siguientes porcentajes:*

***-*** *Gobernación del Cesar: 10%*

***-*** *Gobernación de Santander: 5%*

***-*** *En carbón S.A. 30%*

***-*** *Dragados y construcciones S.A. 6,7%*

***-*** *Fomento de construcciones y contratas S.A. 6,7%*

***-*** *Consultores del Desarrollo S.A. 6,6%*

***-*** *Grodco S.C.A. 5%*

***-*** *Fenit Servizi S.P.A. 5%*

***-*** *Rites Ltd. 5%*

***-*** *Hy-Tec Fondas y Cía. S.C.S. 2%*

***-*** *Maderas Santa Bárbara Ltda. 1%*

***-*** *Transgranos Ltda. 8%*

***-*** *Sotecni S.p.A. 9%*

*“…”*

*El capital Social de esta nueva empresa es de 7.000 Mill de Pts (46 mil $ US)*

*(…)*

*Representante y Coordinador durante la fase de oferta. Todos los asuntos relacionados con la adecuada preparación, presentación y negociación de la oferta estará a cargo de Richard May Cabrera (…)*

3.1.10. El 13 de noviembre de 1997, FERROVÍAS solicitó a FEPAZ aclarar la propuesta, especialmente en lo relacionado con el contrato de promesa de sociedad futura -folio 1539 del C. 5-

*"Si bien los pliegos exigen la presentación de la promesa de sociedad, sin especificar su contenido, debe entenderse como promesa de sociedad el contrato de tal denominación que se encuentra expresamente definido por el artículo 119 del Código de Comercio; y en ese sentido, se observa que el documento allegado a título de promesa de sociedad presentada por Fepaz S.A., no tendría contemplados de manera explícita, los siguientes aspectos:.... Por lo anterior, se le solicita bajo su responsabilidad, precisar y aclarar de manera univoca y en términos inequívocos, si con el documento allegado, el grupo de proponentes que usted representa pretende cumplir con el requisito de allegar la promesa de sociedad, o si entre las partes se ha suscrito algún contrato de promesa de sociedad con el lleno de las formalidades exigidas por el artículo 119. En el primer caso, será necesario que justifique su respuesta y aclare los aspectos que no hayan sido contemplados expresamente dentro del documento allegado, y que debían encontrarse allí regulados, conforme a lo dispuesto por el artículo 119. En el segundo caso, se requerirá que se allegue el documento en el que conste la promesa de contrato de sociedad que las partes hubieren suscrito.”*

3.1.11. Se aportó promesa de constitución de sociedad anónima de economía mixta FEPAZ S.A., suscrita el 21 de noviembre de 1997, con participación los departamentos del Cesar y Santander, para un total de 13 miembros. Se pone de presente que el señor RICHARD MAY CABRERA representa los intereses de los integrantes y corrige, en los términos de los artículos 110 y 199 del Código de Comercio, el contrato de promesa en los términos del pliego -folios 1609 a 1624 del C. 6-.

3.1.12. Obra la ratificación de cada uno de los miembros de Fepaz S.A. relacionada con el poder otorgado al señor Richard May Cabrera -folios 1597 a 1607 C. 6-. Se destaca como común denominador de dichos documentos:

*"...ratifico los actos ejecutados por el doctor Richard May Cabrera....dentro del proceso licitatorio....esto es, la suscripción del documento de promesa de asociación futura en la modalidad de sociedad anónima, la asunción de las responsabilidades derivadas del pliego de condiciones... y cualquier otra actuación realizada por el apoderado".*

*"Por otra parte, hago manifestación expresa, univoca e inequívoca de que....se ha obligado de manera ilimitada y solidaria; y ha adquirido todas y cada una de las obligaciones o responsabilidades derivadas de la presentación de la propuesta y de la correspondiente adjudicación...".*

3.1.13. Adicionalmente, constan los poderes conferidos por cada uno de los representantes legales de los miembros del proponente Fepaz S.A., al doctor Richard May Cabrera (representante legal de Emcarbón S.A.), para representar a la futura sociedad FEPAZ S.A. -folios 1445 a 1462 C. 5-.

3.1.14. Mediante escrito de 27 de noviembre de 1997, el representante de FEPAZ dio respuesta a la solicitud de aclaraciones exigida por FERROVÍAS. Se destaca –folio 1566 del anexo 6-:

*"Consideramos que la responsabilidad de quienes presentan en forma conjunta una propuesta, dentro de una licitación, bien que lo hagan como un consorcio o unión temporal, bien que lo hagan bajo la modalidad de una sociedad futura, es ilimitada y solidaría en virtud de la ley, Estatuto General de Contratación. Por esta razón, no es necesaria la existencia de una manifestación expresa de los proponentes en este sentido, dado que el fenómeno jurídico de la asunción ilimitada y solidaria de las obligaciones resultantes del pliego de condiciones y de la propuesta, se origina por el solo hecho de la presentación conjunta de la propuesta, aceptando el pliego de condiciones, sin excepciones".*

*Por ello, la ausencia de manifestación expresa en la carta de presentación, no tiene significación jurídica y el defecto que se anota tiene una naturaleza meramente formal.*

*Sin embargo....me permito precisar y aclarar que todos los integrantes de la asociación futura Fepaz S.A., se han obligado y se obligan ilimitada y solidariamente por todas y cada una de las obligaciones o responsabilidades derivadas de la presentación de la propuesta y de la correspondiente adjudicación.*

*...no puede considerarse que la existencia del contrato de promesa de constitución de sociedad, sea un elemento sustancial de la propuesta. El conjunto de las obligaciones y responsabilidades asumidas por los proponentes frente a Ferrovías, es el mismo tanto en presencia como en ausencia de un contrato formal de promesa de constitución de sociedad.*

*...considerando que el documento de promesa de contrato que fue presentado en la propuesta de Fepaz S.A. incluye con toda claridad la información sobre el tipo de asociación que los proponentes pretenden constituir, incluye las normas básicas de su funcionamiento y es un incuestionable documento sobre su intención de asociarse del modo indicado, consideramos que cumple cabalmente con el requisito sustancial del pliego de condiciones.*

*El contrato de promesa de sociedad futura no es documento necesario para la comparación de la propuesta, dado que la comparación de las normas estatutarias de un grupo proponente con las de otro, no forma parte de la evaluación que se practica para determinar cuál es el ofrecimiento más favorable a la entidad pública. Por ello, su ausencia o la falta de inclusión de algunas previsiones estatutarias, no puede ser....una causal de rechazo de la oferta (…).*

*La Constitución Nacional no exige que el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejo Municipales deban autorizar de modo especial cada contrato que celebren, en su caso La Nación, los Departamentos y los Municipios (…)*

3.1.15. Acta n.° 2 de 10 de diciembre de 1997 que da cuenta del cierre de la licitación y de las propuestas presentadas, elaborada por FERROVÍAS –cuaderno n.° 6-.

Referencia: Contentiva de las circunstancias que rodearon la apertura de los SOBRES de los proponentes, se encontró que sus propuestas económicas eran las siguientes:

**FCA S.A.**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **AÑO** | **MONTO APORTES SOLICTADOS A FERROVIAS (EN DOLARES)** | **MONTO PAGOS OFRECIDOS POR EL PROPONENTE (US$)** |
| 1998 | 14.000.000 | 0 |
| 1999 | 31.100.000 | 0 |
| 2000 | 28.000.000 | 0 |
| 2001 | 25.000.000 | 0 |
| 2002 | 25.000.000 | 0 |
| **TOTAL** | **123.100.000** | **0** |

**FEPAZ S.A.**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **AÑO** | **MONTO APORTES SOLICTADOS A FERROVIAS (EN DOLARES)** | **MONTO PAGOS OFRECIDOS POR EL PROPONENTE (US$)** |
| 1998 | 0 | 0 |
| 1999 | 0 | 0 |
| 2000 | 0 | 0 |
| 2001 | 0 | 0 |
| 2002 | 0 | 100.000 |
| **TOTAL** | **0** | **100.000** |

3.1.16. Marco conceptual del informe de evaluación técnica, económica y jurídica de las propuestas presentadas de 26 de diciembre de 1997, elaborado por FERROVÍAS –folios 2018 y 2019 del cuaderno n.° 6-.

**EVALUACIÓN SOBRES 1 Y 2 -**

**Referencia:** Resultado de la evaluación de las propuestas.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **EVALUACIÓN SOBRE 1** | **FEPAZ S.A.** | **FCA S.A.** |
| Carta de Presentación | Cumple | Cumple |
| Compromiso de todos los integrantes de la propuesta de asumir las responsabilidades emergentes del pliego, en caso de resultar adjudicada la concesión a su propuesta. | Cumple | Cumple |
| La promesa de sociedad. (Requisito según artículo 119 C. Co. | Cumple | Cumple |
| Plan de obras de rehabilitación que se compromete a ejecutar el proponente. | Cumple | Cumple |
| **EVALUACIÓN SOBRE 2** | **FEPAZ S.A.** | **FCA S.A.** |
| Suma requerida. (Valor presente). | US$0 | US$80.823 |
| Suma ofrecida. (Valor presente). | US$49.718 | US$0 |
| **Calificación. (Orden de elegibilidad)** | **1** | **2** |

3.1.17. Consta que mediante oficio de 8 de enero de 1998, el Gobernador del departamento del Cesar puso en conocimiento del Presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS -folio 2091 del c. 7-, su condición de nuevo mandatario del ente territorial -posesionado el 1 de enero-, al tiempo su decisión de retirar la participación del departamento en la constitución de sociedad futura y de no concurrir a la celebración y ejecución del contrato.

*"1.- Con fecha 7 de octubre de 1997, sin contar con autorización previa y expresa de la Asamblea Departamental y sin la correspondiente disponibilidad presupuestal, el entonces Gobernador del Departamento del Cesar firmó un documento de promesa de sociedad de objeto único, para conformar una Sociedad de Economía Mixta a fin de participar a través de ella como proponente en la Licitación Pública número 001 de 1997 de FERROVÍAS.*

*2.- La participación del Departamento del Cesar en la futura Sociedad de Economía Mixta FEPAZS.A. se estableció en el mencionado documento a través de un aporte del 10% del capital de la citada sociedad.*

*3.- El día 15 de octubre de 1997, el proponente Sociedad Futura de Economía Mixta FERROCARRIL DE LA PAZ S.A. FEPAZ S.A. con la participación del Departamento del Cesar como parte de la sociedad y por ende del proponente, presentó la propuesta en la Licitación 001 de FERROVÍAS.*

*4.- El día 21 de noviembre de 1997, se firma una nueva promesa de sociedad Futura de Economía Mixta en donde el Departamento del Cesar se compromete a participar en la misma con un aporte del 10% (…).*

*5.- Como es de su conocimiento, el numeral 7º del artículo 300 de la Constitución Política (…), 258,258 y 261 del Código de Régimen Departamental Decreto 1222 de 1986, exigen en forma imperativa la existencia de una ordenanza que previa y expresamente autorice la participación del Departamento en el proceso de formacón o constitución de una sociedad de economía mixta y en los términos y condiciones de dicha participación*

*“En el documento de promesa de sociedad futura de economía mixta, del 7 de octubre de 1997, y en el contrato de promesa de sociedad futura de economía mixta del 21 de noviembre de 1997, el entonces Gobernador del Departamento del Cesar, se comprometió a que el Departamento....aportaría y pagaría....una suma de US$ 175.000, por la constitución de la sociedad, la cual se hará durante el año de 1998, hasta completar y pagar un aporte de US$ 350.000, sin contar para lo anterior con la apropiación y disponibilidad presupuestal exigidas por la Constitución y la Ley".* ***-*** *El Departamento....no dispone ni cuenta actualmente con partida presupuestal para el año 1998, que le permita efectuar los aportes a que se comprometió el anterior Gobernador...…en razón a las irregularidades cometidas para la suscripción de los contratos, en los cuales el Departamento.. ..se comprometió a participar como socio de la sociedad futura.. .Fepaz S.A., de fecha 7 de octubre y noviembre 21 de 1997, arriba explicadas ampliamente, me permito informar a usted las decisiones que me visto obligado a tomar en virtud de ello: "No avalar los documentos suscritos por mi antecesor, relativos a la participación del Departamento del Cesar, tanto en la futura sociedad de economía mixta - Fepaz S.A., como en la licitación 001 de 1997. En consecuencia, no avalar la participación del Departamento....en dichas promesas de sociedad y licitación. Declarar la no existencia de compromiso alguno del Departamento...para con los prometientes constituyentes de Fepaz S.A., y para con Ferrovias en relación con la participación del Departamento....en la constitución o conformación de dicha sociedad.....Por la no existencia de apropiación ni disponibilidad para pagar los aportes comprometidos por mi antecesor, abstenerme de participar en la sociedad....Fepaz S.A.….Comunicar a Ferrovias, y por su conducta, a los prometientes constituyentes de Fepaz S.A., las anteriores decisiones con el fin de que adopten las medidas necesarias y los trámites correspondientes".*

3.1.18. Mediante resolución n.° 0052 del 27 de enero de 1998, FERROVÍAS adjudicó la licitación n.° 001 de 1997 FEPAZ S.A. –folio 164 cuaderno 12-. Se destaca:

*ARTÍCULO PRIMERO. ADJUDICAR la licitación pública n.° 001-97 convocada por la Empresa Colombiana de Vías Férreas-FERROVÍAS- al proponente SOCIEDAD FUTURA FERROCARRILES DE LA PAZ S.A. FEPAZ.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR que se cite al proponente adjudicatario para que se surta la notificación personal de la presente resolución, conforme lo establecido en el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (…)*

Se consideró:

***“- Sobre la presunta falta de capacidad del Departamento del Cesar para participar en la suscripción de la promesa de sociedad futura Fepaz S.A., se mencionó:***

*"…la competencia para celebrar contratos en nombre de los Departamentos está radicada en los Gobernadores, de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la ley 80 de 1993.*

*Si quien ejerce la representación Legal de un Departamento y quien actúa en su nombre es el Gobernador, los actos que celebre dicho funcionario en nombre del Departamento deben entenderse realizados por la entidad misma, conclusión que se desprende de principios elementales aplicables al instituto jurídico de la representación...*

*…el Gobernador del Cesar, al suscribir un contrato o realizar un acto a nombre del Departamento, compromete a la entidad a la cual representa es decir al Departamento del Cesar.*

*...en la entidad pública, basta con que el compromiso sea asumido por quien tenía competencia para representar a la persona jurídica pública, entendiéndose en tal caso, que el acto del funcionario competente goza de la presunción de legalidad de las actuaciones de los funcionarios públicos, por lo cual sus actos de representación se presumen legítimos y tienen eficacia, mientras no se declare lo contrarío por parte de los jueces competentes (..).*

*Ahora bien. Tenía el Gobernador del Cesar competencia para comprometer la participación del departamento en la Licitación Pública 001/97 y celebrar el contrato de promesa de constitución de sociedad futura?*

*Evidentemente sí, de conformidad con las normas constitucionales y legales que hemos examinado, que le otorgan a los gobernadores la representación de los departamentos.*

*Cuestión distinta es que el funcionario competente, en el ejercicio de sus funciones, haya incurrido en eventuales irregularidades al no cumplir con requisitos previos que se hayan previsto en las leyes para acudir a celebrar un contrato o emitir actos administrativos. Estas posibles irregularidades comprometerían la responsabilidad del funcionario (civil, disciplinaría o penal), pero no implicarían per se, la inexistencia del acto emitido ni liberarían a la entidad de las consecuencias derivadas de la actuación de su representante (…).*

*(...) rebasaría la competencia de Ferrovías pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de un acto por el cual se vincula al Departamento del Cesar, acto emanado del Representante Legal del Departamento.*

*...este acto goza de presunción de legalidad y Ferrovías está en la obligación de tenerlo como válido y eficaz (capaz de producir efectos)*

***1.1.1.2. Falta de disponibilidad presupuestal del Departamento del Cesar:***

*"...no se encuentra que la existencia o no de disponibilidad presupuestal, respecto de la participación del Departamento del Cesar en la propuesta presentada por la Asociación Futura Fepaz S.A., sea un elemento que de acuerdo con las disposiciones aplicables deba ser verificado por Ferrovías (…).*

*...no se encuentra fundamento legal para considerar que la hipotética omisión de este requisito, pueda derivar en la pérdida de la capacidad para contratar, o competencia que le confieren tanto la ley como la Constitución al Gobernador de un Departamento, en razón de su calidad de representante legal del mismo.*

*...Ferrovías no comparte la opinión del observante, sobre la obligatoriedad de obtener una disponibilidad presupuestal para la suscripción de un contrato de promesa de sociedad, pero reconoce que la resolución de la correspondiente discusión no es competencia de este Despacho, sino que corresponde a la órbita de los órganos de carácter jurisdiccional,*

*...se exponen a continuación algunos argumentos que podrían plantearse para oponerse a la interpretación que plantea el observante, sobre la obligatoriedad de la disponibilidad presupuesta!, haciendo la aclaración de que, en criterio de Ferrovias, el examen del asunto no es relevante para el proceso de adjudicación, y además, que ni las normas aplicables ni el pliego de condiciones exigían que se presentara la documentación, que según el observante, hace falta.*

*ARGUMENTOS:*

*1.- Las disposiciones presupuéstales, según su texto, podrían llegar a afectar la ejecución del gasto, y no la legalidad del compromiso asumido, su oponibilidad frente a terceros, y su exigibilidad a la entidad contratista, de donde podría seguirse que por la naturaleza del efecto que la disponibilidad sobre los contratos, esta se requiere frente a aquellos en los que se contraten obligaciones de pago directas, como es el caso de aporte de capital en el contrato de sociedad, y no respecto de contratos que generan únicamente obligaciones de hacer, cuando éstas no implican de manera inmediata o directa un gasto, como es el caso de la promesa de contrato".*

*2.- Las disposiciones presupuestales mencionadas podrán resultar aplicables a los eventos de compromisos cierto y en firme de gastos futuros, y no así a gastos contingentes como lo son los que se derivan de las obligaciones sujetas a condición –naturaleza esta que es evidente en los contratos de promesa-, cuyo tratamiento presupuestal y fiscal aún no ha sido totalmente definido.*

*1.1.2.* ***Falta de capacidad del Departamento de Santander y disponibilidad presupuestal, para suscribir la promesa de sociedad futura de Economía Mixta FEPAZ***

*Con respecto a este tema, debemos reiterar lo expuesto en los numerales en los cuales se analiza la observación sobre la inconstitucional e ilegal participación del departamento del Cesar como parte del proponente FEPAZ S.A. en el sentido de entenderse acreditada adecuadamente la capacidad legal de la entidad territorial para participar dentro de la propuesta del grupo, con la presentación de los documentos que permitan identificar asl suscriptor de la propuesta como Gobernador del Departamento.*

* 1. *LA EXISTENCIA DEL PROPONENTE*

*"En cuanto Al tema de los elementos esenciales de una propuesta, debe estarse a lo indicado en el artículo 845 del Código de Comercio, según el cual: "La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario (…)".*

*No debe perderse de vista, que el negocio que el Estado persigue celebrar mediante la licitación, y los particulares mediante la presentación de las propuestas, es el de concesión de infraestructura, de donde se sigue que los elementos que la definición legal considera esenciales de una oferta, serán aquellos que aludan a las condiciones del negocio de concesión.*

*(…)*

*Así las cosas, al aceptarse los términos de los pliegos de condiciones, como lo manifiesta la propuesta presentada por la asociación futura Fepaz S.A., se aceptan las condiciones esenciales del negocio de la concesión, como son entre otros, el régimen de responsabilidades, obligaciones y derechos de las*

*partes, los riesgos asumidos y el objeto del contrato, la presentación de las propuestas complementa los demás elementos del contrato, como lo son los aportes económicos del estado y las obras que son exigibles al concesionario como factor de ejecución de una de las obligaciones del contrato.*

*En estas condiciones, el documento que da soporte a la forma jurídica bajo la cual el grupo proponente ejecutará el contrato, factor que es determinado precisamente mediante la oferta de constituir una sociedad futura, si bien forma parte de la propuesta, no es calificado por la ley como uno de sus elementos esenciales, por lo cual es posible, en criterio de esta entidad y siguiendo claros dictados de la ley 80 de 1993, solicitarlo con posterioridad al día señalado para la entrega de los componentes esenciales de la propuesta.*

*El caso del documento que soporta el tipo de asociación bajo la cual desea participar el proponente (en este caso la promesa de sociedad futura), es asimilable al de otros documentos, que usualmente se piden a los participantes en procesos de esta clase, para permitir el análisis de ciertos elementos tales como la experiencia del proponente, su información financiera y contable, etc., siendo aplicable a toda esta documentación lo previsto en el segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, que establece: "La ausencia efe requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos". .*

*Con todo lo expuesto, es claro para Ferrovías que la promesa de sociedad no es un requisito esencial de la propuesta, lo que no implica que no tenga que allegarse a la entidad dentro del curso del proceso de selección del concesionario, para los efectos pertinentes, si dicha promesa es requerida por el pliego de condiciones o por la ley como en efecto lo fue en este caso, teniendo en cuenta tanto el numeral 1.7.2. del pliego como el artículo 32 parágrafo 2º de la Ley 80 de 1993...".*

***La Promesa de sociedad debe contener los requisitos exigidos por el ordenamiento civil.***

*Aduce el representante de la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico que la promesa de constitución de sociedad presentada por FEPAZ S.A. el 15 de octubre de 1997, no contiene requisitos por el ordenamiento jurídico civil,*

*" FERROVÍAS responde anotando que en su criterio, la promesa de contrato que le fue allegada por la asociación futura Fepaz S.A., no pugna con los conceptos generales expuestos sobre la definición de promesa de contrato, previstos en el artículo 1611 del C.C., y consecuentemente cumple con los requisitos exigidos en el mencionado ordenamiento.*

*En este sentido, siendo evidente que el documento cumple con las condiciones prescritas en los numerales 1 y 2 de la norma citada, nos detendremos en el análisis del cumplimiento de los numerales 3 y 4 de la misma, que también han sido satisfechos por la promesa en cuestión.*

*El numeral 3 mencionado, que impone la necesidad de que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, permite la posibilidad de que la época no sea determinada por una fecha exacta, sino por una condición determinada, como lo es en este caso, la adjudicación de la licitación, condición que dicho sea de paso, es la que prevé el artículo 32 ley 80 de 1993…parágrafo 2 - inciso 5...*

*El numeral 4, que impone la necesidad de que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, no riñe tampoco con el contenido que fue inicialmente allegado, si se tiene en cuenta que los elementos esenciales del contrato de sociedad - animus societatis - fueron clara y. expresamente manifestados por los integrantes del grupo proponente, según los términos del documento que en calidad de promesa de contrato, fue allegado con la propuesta.*

*...Ferrovias se ratifica en su criterio, según el cual la promesa de contrato que recibió inicialmente del proponente Fepaz, no podía ser considerada inexistente en el momento en que fue recibida, aclarando que en su concepto, de no haber existido, sería legalmente viable que el proponente la aportara más adelante, por tratarse de un documento que no hace parte esencial de la propuesta,...".*

***La promesa de sociedad debe contener los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico comercial.***

*"…no se presenta el supuesto de la ineficacia, en la medida en que el artículo 119 del Código de Comercio en ningún momento establece la ineficacia de aquellas promesas de contrato de sociedad, en donde se omita alguno de los elementos indicados por el artículo 110 del mismo Código; y tampoco es inexistente, en cuanto que, si bien como lo observó Ferrovias en su informe de evaluación, el documento inicialmente recibido carecía de algunas de las previsiones que contempla el artículo 110 del C.Co., no se ha establecido que los elementos omitidos puedan calificarse como esenciales en un contrato de sociedad. (Folio 222 del c. 3).*

*...el Código de Comercio prevé en su artículo 113 la posibilidad de que se extiendan escrituras adicionales, "si en la escritura social se ha omitido alguna de las estipulaciones indicadas en el artículo 110, o expresado en forma incompleta o en desacuerdo con el régimen legal del respectivo tipo de sociedad...*

*...considera Ferrovías que puede concluirse válidamente que la naturaleza de la información que se habría omitido incorporar en el documento de promesa de sociedad inicialmente recibida, no afecta en lo sustancial el "animus societatis" manifestado en la promesa, ni es información de aquella que pueda considerarse "ab sustanciam actus", como no lo es tampoco la incorporación de la totalidad de la información requerida en el artículo 110”.*

***Documento presentado el 15 de octubre de 1997 por el proponente FEPAZ S.A. bajo la denominación “PROMESA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD CONCESIONARIA”.***

*(…)*

*- Sobre la presunta adición a la propuesta presentada por Fepaz S.A., sustentada en que Ferrovías recibió a dicho proponente, una vez cerrada la licitación, un nuevo documento titulado "Promesa de Constitución de Sociedad Anónima", Ferrovías consideró:*

*"...existiendo ab-initio un ánimo de asociarse expreso y manifiesto, para los fines previstos en el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, no se encuentra que allegar posteriormente a la presentación de la propuesta un documento que consagra el mismo compromiso, pero aclarando aspectos jurídicos formales sobre aspectos internos de la sociedad prometida, que no aparecían expresos o suficientemente bien desarrollados en el documento inicial, implique ninguna variación substancial a la oferta presentada, toda vez que el nuevo texto contentivo de las correspondientes aclaraciones no tenía ninguna relación con los elementos esenciales de la promesa de sociedad que obraba en la propuesta. (Folio 224 del c. 3).*

*…el documento que sustenta la modalidad de asociación escogida por el proponente Fepaz S.A. (es decir, la promesa de contrato), no es necesario para la comparación de las propuestas...".*

3.1.19. Mediante resolución n.° 0378 del 29 de mayo de 1998, FERROVÍAS declaró el incumplimiento de la propuesta presentada por FEPAZ S.A por la omisión y falta de cumplimiento de los requisitos legales y necesarios para la firma y ejecución del contrato, objeto de la licitación -folio 2140 del c. 7-. Se destaca:

*ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento de la propuesta formulada por el proponente Sociedad Futura “Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ S.A. a FERROVÍAS, por la omisión y la falta de cumplimiento de los requisitos legales y necesarios para la firma y ejecución del contrato objeto de la presente licitación.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Con ocasión de la omisión y falta de cumplimiento de los requisitos legales y necesarios para la firma y ejecución del contrato objeto de la presente licitación por falta del proponente Sociedad Futura “Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ S.A.” REVOCAR la resolución n.° 0052 de fecha veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998) en todas sus partes, mediante la cual se adjudicó la presente licitación a la sociedad futura “Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ”.*

*ARTÍCULO TERCERO: HACER EFECTIVA la garantía de seriedad de la propuesta a la sociedad futura “Ferrocarriles de la Paz S.A. FEPAZ S.A.”.*

La demandada reflexionó en estos términos:

*(…)*

*“Que de acuerdo con el pliego de condiciones, Ferrovías y el proponente adjudicatario tenían un término de 3 meses, contados a partir de la fecha de la resolución de adjudicación para firmar el respectivo contrato de concesión, lo que suponía el cumplimiento por parte de Fepaz S.A., de la constitución de la sociedad concesionaria y demás requisitos establecidos en la ley...*

***(…)***

*La promesa de constitución de sociedad establecía la constitución de la sociedad con los proponentes debidamente calificados y adjudicatarios de la licitación, en el término de treinta días a partir de la fecha de adjudicación, circunstancia que no se cumplió hasta el vencimiento del término de las diferentes prorrogas otorgadas por Ferrovías.*

***(…)***

***i-.*** *Ferrovías otorgó en tres oportunidades prórrogas al término para suscribir el contrato de concesión respectivo, con miras a que Fepaz S.A., cumpliera con los requisitos legales necesarios.*

*j-. Tres meses después de la adjudicación del contrato de concesión a Fepaz, Ferrovías solicitó la constitución de la sociedad concesionaria, sin que se hubieran saneado los vicios anteriormente mencionados y la participación del Departamento del Cesar.*

*k-. Durante el curso de sucesivas reuniones, sostenidas con distintos miembros del proponente Fepaz, se pudieron constatar diferencias y divisiones al interior del grupo proponente, en relación con la ejecución del contrato y el desarrollo de la propuesta respectiva, que ponen en peligro la ejecución y estabilidad del contrato referido.*

*l-. Finalmente el 27 de mayo de 1998, se presentaron nueve de los trece miembros de Fepaz, expresando tener en trámite la escritura de constitución de la sociedad prometida para suscribir el contrato de concesión. De otra parte, Ferrovías recibió una comunicación de tres de los cuatro miembros, que según información de la notaría 55, no acudieron a firmar la escritura de constitución, en la cual solicitan a Ferrovías reestructurar el proponente Fepaz.*

*Ferrovías luego de varias solicitudes de Fepaz, prorrogó sucesivamente en tres oportunidades el termino para suscribir el contrato de concesión, venciéndose dicho termino el 27 de mayo de 1998 a las 5 PM, fecha y hora en las cuales perentoriamente, de acuerdo con el pliego de condiciones se debía haber suscrito el contrato de concesión, con el debido cumplimiento de los requisitos legales".*

*(…)*

*Que el proponente adjudicatario Fepaz no presentó dentro del término establecido por FERROVÍAS la Escritura Pública de constitución de la sociedad FERROCARRILES DE LA PAZ S.A. –FEPAZ S.A.-.*

*Que de acuerdo con el numeral 3.26. del liego de condiciones, la omisión del proponente adjudicatario a suscribir el contrato de concesión dentro del término previsto para el efecto, habilitará al presidente de FERROVÍAS para revocar la resolución inicial y hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta al proponente adjudicatario inicial.*

3.1.20. En el curso de la primera instancia se practicó la experticia pedida por la actora para valorar los perjuicios sufridos porque no resultó favorecida con la adjudicación del contrato -contadores públicos Gustavo Lora y Hernando González-. En dicha oportunidad se concluyó que la utilidad dejada de percibir por la sociedad futura FCA S.A., fue de US$ 35.302.341 -folios 1 a 9 del C. 13-**.**

3.1.21. La experticia practicada en el trámite de la objeción por error grave, propuesta por la parte actora, se estimó la utilidad dejada de percibir por FCA S.A., en la suma de US$ 42.720.097,oo -folio 16 del C. 15-.

4.- **EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN**

El 21 de agosto de 1998, las sociedades CB TRANSPORTES S.A., SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTA MARTA S.A., SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO S.A. (STF S.A.) y la sociedad TRANSPORTACIÓN MARITIMA GRANCOLOMBIANA S.A. por conducto de apoderado, formularon demanda en contra de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en orden a que se declare la nulidad de la resolución n.° 0052 de 27 de enero de 1998, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública n.° 01-97 a favor de la sociedad futura "FERROCARRIL DE LA PAZ S.A. - FEPAZ S.A.".

De entrada se destaca que las sociedades demandantes cuestionan la legalidad del acto de adjudicación –resolución n.º 0052-, dentro del término legal previsto en el Decreto 2304 de 1989 (C.C.A.) conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 136 de la citada disposición y no dentro del término de 30 días previsto en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, sin perjuicio de que para cuando se presentó la demanda se encontraba en vigor la última disposición.

Para la Sala, la demanda se presentó dentro de la oportunidad legal respectiva, esto es dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto, si se considera que, para cuando entró en vigencia la Ley 446 de 1996, el término para el ejercicio de la acción ya había comenzado a correr bajo, la egida de la norma sobre caducidad prevista en el Decreto 2304 de 1989, por lo que, de conformidad con el artículo 164 del C.C.A. *“En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación”.*

Aunado a lo anterior se pone de presente que el 20 de mayo de 1998, los demandantes presentaron solicitud de conciliación prejudicial, audiencia realizada el 18 de agosto de 1998, fracasada por cuanto el apoderado de Ferrovías no se hizo presente. Siendo así, es claro que el término se suspendió durante cincuenta y siete días hábiles, de modo que la demanda podía presentarse hasta el 24 de agosto y como fue presentada el día 21 se concluye que la acción se ejerció en tiempo.

Habría que decir también que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a las acciones procedentes, para confrontar los actos administrativos originados en la actividad contractual del Estado, dispone:

*“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*PARAGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*PARAGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina”.*

Se observa, entonces que el artículo transcrito i) limitó la impugnación de los actos previos, generados en la actividad contractual al acto de adjudicación y ii) determinó en este último caso la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por lo que no hay duda sobre la procedencia de la acción y la oportunidad de su ejercicio.

**5.- NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN**

Se conoce que las personas jurídicas demandantes, esto es las sociedades CB TRANSPORTES S.A., SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTA MARTA S.A., SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO S.A. (STF S.A.) y la sociedad TRANSPORTACIÓN MARITIMA GRANCOLOMBIANA S.A. pretenden la nulidad de la resolución n.° 0052 de 27 de enero de 1998, mediante la cual la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS–FERROVÍAS adjudicó la Licitación Pública n.° 01-97 a favor de la sociedad futura "FERROCARRIL DE LA PAZ S.A. - FEPAZ S.A.", relacionada con la concesión para la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura férrea de la Red Atlántica. Sostiene para el efecto que su propuesta y no la elegida, tenía que haber sido escogida.

Al llegar a este punto, vale precisar que la licitación pública se inicia con el llamado o convocatoria para lograr la libre concurrencia de los interesados a la selección del contratista que mejor satisfaga las condiciones del pliego, el que indicará en forma completa y precisa el objeto de la contratación, así como las características de los bienes, servicios u obras requeridas por la entidad contratante.

Llamado que compromete a la convocante, por lo que la administración no podrá modificar el procedimiento de selección, previamente establecido, como tampoco el objeto o las características esenciales de los bienes y servicios requeridos. Los pliegos de condiciones fijan el marco que permitirá a la entidad escoger con criterio de objetividad al mejor oferente, en beneficio de la ejecución del contrato y de la satisfacción de los fines perseguidos por la administración –transparencia, selección objetiva e igualdad- conforme lo prevé el artículo 29 de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3).

Disciplinadas entonces las etapas del proceso de selección y fijadas las condiciones que deberán satisfacer las propuestas, el proceso deberá garantizar una participación en igualdad de condiciones y la administración adjudicar el contrato a quien hubiere presentado la oferta más favorable; teniendo en cuenta los factores de escogencia, previamente establecidos, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, previa su ponderación precisa y detallada. Se trata de que la administración de cumplimiento a las normas que informan la estructuración de los pliegos, esto es, las condiciones y el contenido de las propuestas, pues su desconocimiento comporta una vulneración a las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ello de los principios de igualdad, participación, selección objetiva y transparencia.

Lo anterior, porque el pliego constituye un acto de carácter general que contiene la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales que la actividad contractual de la administración comprende. En este panorama i) se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes en el proceso de selección y ii) solo puede ser modificado en las oportunidades y con los límites previstos en el estatuto contractual, con el conocimiento e intervención de los participantes.

Por lo anterior, los procesos de selección habrán de i) eliminar o reducir al máximo criterios de subjetividad y ii) sujetarse a las reglas previstas en el pliego de condiciones, esto es al marco de evaluación previamente establecido sobre reglas claras, justas y completas. Sumado a que la adjudicación deberá ser precedida por el análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas[[4]](#footnote-4).

Es por ello que en el caso concreto, la parte actora insiste en que el acto de adjudicación vulneró las normas que gobiernan la materia, por lo que en el recurso de apelación manifestó: i) los gobernadores de los departamentos de César y Santander no contaban con autorización para constituir la sociedad, pues no se había expedido las respectivas ordenanzas de las asambleas departamentales; ii) no existía disponibilidad presupuestal de los departamentos de Santander y Cesar al momento de la oferta y la misma era esencial para la presentación de las ofertas; iii) violación del derecho a la igualdad, en cuanto FERROVÍAS permitió que se subsanara la promesa de contrato de sociedad futura, por lo que al momento de la presentación de la propuesta, esta carecía de los elementos esenciales de la asociación en los términos de los artículos 110 y 119 del Código de Comercio y conforme a la exigencia del pliego de condiciones, de modo que como *“FEPAZ irregularmente adjunto un nuevo documento de promesa de constitución de sociedad anónima de fecha posterior al cierre de la licitación y éste fue aceptado por FERROVIAS en una clara violación de la ley y el pliego de condiciones”;* pues la promesa de contrato era un documento esencial de la propuesta, por cuanto determinaba la calidad, capacidad, consentimiento y exigibilidad del proponente y el proponente no presentó una promesa, sino un documento diferente y iv) la propuesta económica del adjudicatario se encontraba condicionada, en cuanto adjuntó un documento denominado *"Consideraciones Básicas de Nuestra Oferta" en el cual, aparte de realizar una serie de aseveraciones, expresamente condicionó a "FERROVÍAS, como propietaria que es y continuará siendo, de la vía férrea y su zona de seguridad, colaborará decididamente y eficazmente para que el corredor que se entregue se mantenga en condiciones tales que pueda garantizar el derecho de uso v explotación que otorga en concesión”* y solo bajo dicha consideración quedaría obligada FEPAZ a firmar el contrato. A su parecer ***“****En nuestra razonabilidad, que no es otra que leer y re-leer varias veces las frases de la oferta económica del proponente Fepaz, llegamos a la conclusión que la intención sí era introducir elementos que le permitieran al adjudicatario retirarse del contrato o del proceso pre-contractual por hechos externos, liberándose de los riesgos que los Pliegos habían colocado en cabeza del adjudicatario. Con esas frases el riesgo financiero y de mantenimiento pasó a ser de Ferrovías”*, aunado a que su propuesta era artificialmente baja.

Para resolver los cargos de nulidad la Sala se limitará a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, para el efecto corresponde detenerse especialmente en i) el régimen jurídico aplicable y ii) la confrontación de cada uno de los cargos con lo estipulado en el pliego, para efectos de determinar la legalidad del acto demandado - resolución n.º n.° 0052 del 27 de enero de 1998-.

1. **El régimen jurídico aplicable**

Como el proceso de selección se adelantó en vigencia de la Ley 80 de 1993, no hay duda que el asunto, desde la estructuración de la Licitación n.° 001 hasta su finalización, se gobernó por las normas del mismo estatuto.

II) **Para los demandantes los gobernadores de los departamentos de Cesar y Santander no contaban con autorización para constituir la sociedad, pues no se habían expedido las respectivas ordenanzas de las asambleas departamentales**

En los términos del numeral 9º del artículo 300 constitucional, corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas autorizar al Gobernador del Departamento a celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a estas, de lo que se sigue que dicha facultad comporta una atribución constitucional. Sin perjuicio que, el numeral 10 del artículo 60 del Decreto 1222 de 1986 -Código de Régimen Departamental, expedido en uso de facultades extraordinarias previó que correspondía a las Asambleas *“10. Autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, pro témpore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas”.*

En vigor de la disposición constitucional en comento, se expidió la Ley 80 de 1993, la que sabido es sujeta a las entidades estatales en materia de contratación, incluidas las del orden nacional, territorial y local, sin perjuicio del régimen privado y especial aplicable por excepción. Es así como, el artículo 6º, reconoce en las entidades estatales capacidad contractual para así mismo prometer y celebrar contratos, sin restricción distinta a las impuestas por la constitución y la ley.

Ahora, con sujeción al principio de economía previsto en el artículo 25 del estatuto contractual, las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, pero añadió –numeral 11- que, en los términos de los artículos 300, numeral 9o. y 313, numeral 3o. de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos. En cuyo caso no puede pasarse por alto que, conforme la reglamentación que sobre el particular expidan tales corporaciones, en ejercicio de las facultades constitucionales, no podrán, so pretexto de reglamentar el tema, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual o direccionarla en todos los casos. Su facultad se limita a trazar las reglas aplicables al acto concreto relativo al trámite, señalando además, los casos en que se requiere autorización especial, sin entrar a regular aspectos a cargo de la entidad territorial. Esto es gobernadores y alcaldes no requieren de autorización expresa en todos los casos; al contrario gozan de facultades, salvo excepciones previamente establecidas, de lo que se sigue la capacidad general, con sujeción a los límites temporales y materiales preestablecidos.

En efecto, sobre el particular la Sala de Consulta y Servicio Civil ha sostenido[[5]](#footnote-5):

1. ***LOS REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES NO PUEDEN ESTAR OBLIGADOS A SOLICITAR AUTORIZACIONES EN TODOS LOS CASOS EN QUE VAYAN A CONTRATAR-AUTORIZACIÓN GENERAL***

*La autorización de que trata el artículo 313, numeral 3, de la Carta, como ya se dijo, debe ser expresa, así sea general o para un determinado tipo de contratos, temporal o indefinida, y ella no consta ni se deduce del articulado de la normatividad presupuestal analizada.*

*"Sin embargo, debe advertir esta Corporación que la atribución otorgada en la norma bajo estudio, siendo como es una función administrativa, sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza. Así, cualquier reglamentación efectuada por dichas Corporaciones, debe ser respetuosa del ámbito reservado constitucionalmente al Legislador, por lo cual no puede entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, etc., puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación..."2.-* ***Sentencia No. C-738 del 11 de julio de 2001***

*"Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior "contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones"3. En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley.*

*"Cuando la autorización para contratar no está dispuesta de manera general en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, el órgano representativo de elección popular, llámese Congreso, Asamblea, o Concejo, deberá conceder la autorización previa especial. Este tipo de autorización no necesariamente tiene que ser para cada contrato – aunque a veces la respectiva corporación se reserva el proceder de este modo, por razón de la naturaleza e importancia del contrato, como ocurre con los de empréstito -,* ***pues es viable que la respectiva corporación proceda a autorizar la celebración de contratos con alcance general, como han solido hacer las asambleas y los concejos al expedir los respectivos códigos fiscales****"5.* ***Radicación No. 1.077 del 26 de marzo de 1998. – Corte Constitucional***

En el caso concreto los demandantes echan de menos una autorización específica, por parte de las asambleas departamentales de Santander y Cesar, cuando la autorización con alcance general consulta la norma legal, para prometer la constitución de sociedad que ejecutaría el contrato de concesión, sin embargo, analizados los elementos de juicio incorporados al plenario se observa que i) mediante Ordenanza n.° 001 de 12 de enero de 1995, la Asamblea Departamental de Santander autorizó al gobernador, por el término de tres años para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes y mediante Ordenanza n.° 028 de 14 de octubre de 1997, para participar en la licitación pública n.° 001 de 1997. Al tiempo que añadió que, de resultar favorecida la propuesta, podía conformar la sociedad que asuma frente a Ferrovías las obligaciones que de ella se deriven y ii) según Ordenanza n.° 010 de 7 de mayo de 1997, la Asamblea Departamental del Cesar autorizó al Gobernador para celebrar contratos y convenios con entidades de derecho público y privado, por el resto de la vigencia fiscal de 1997 *y* según Ordenanza n.° 043 de 19 de diciembre de 1997, para constituir la sociedad futura que asumiría frente a FERROVÍAS las obligaciones derivadas del acto de adjudicación.

Ahora, si bien cuando FERROVÍAS ordenó la apertura del proceso de selección, en los términos de la resolución n.° 1664 de 26 de diciembre de 1996, el departamento del Cesar no contaba con autorización para contratar -general o específica-, para cuando se presentó la propuesta, entró en vigor la contenida en la ordenanza n.° 010 de 7 de mayo de 1997, luego ratificada mediante las n.° 043 de 19 de diciembre de 1997, inclusive para constituir la sociedad futura. En lo que respecta al departamento de Santander, el gobernador contaba con autorización para contratar, por toda la vigencia fiscal de 1997, de modo que la misma autorización supone la habilidad para proponer. En ambos casos fueron otorgadas las respectivas autorizaciones generales y específicas. En el caso del departamento del Cesar fue ratificada la intervención del gobernador en el proceso de selección, al tiempo que la Asamblea lo autorizó para constituir la sociedad futura. Al margen de la naturaleza y envergadura del contrato que da cuenta el proceso de selección, pues, si las corporaciones de las entidades territoriales no fijaron límites no puede afirmarse que los gobernadores los tenían. Esto es así porque requería de señalamiento expreso y en la respectiva ordenanza no se conoce, aunado a la ratificación. De modo que es claro que los gobernadores de ambas entidades contaban con autorización para participar en el proceso de selección, prometer la sociedad y suscribir el contrato de concesión, el cual se perfeccionaría con FEPAZ S.A., luego de su constitución, de lo que se sigue que el cargo no tiene vocación de prosperidad.

iii)- **No existía disponibilidad presupuestal de los departamentos de Santander y Cesar al momento de la oferta y la misma era esencial para la presentación de las ofertas.**

En los términos del numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. El numeral 13 del mismo artículo previó que las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

El razonable entendimiento de la norma significa que la reserva de la partida o disponibilidad presupuestal exigida al momento de la apertura de la licitación, comporte un requisito que se predica de la entidad contratante, pues ella es la dueña y beneficiaría de la obra que se pretende ejecutar, inclusive, en la mayoría de los casos, con recursos de la propia entidad, de modo que la disponibilidad presupuestal no es un requisito exigido a los proponentes, máxime si quienes ostentan dicha condición pueden tener la calidad de personas naturales o jurídicas públicas o privadas. Esto porque la apertura del proceso de selección es del resorte de la entidad contratante y ella es la encargada de direccionarlo, intervenirlo y controlarlo.

Esto no significa que la constitución de las reservas y los compromisos presupuestales no operen para las entidades contratistas; lo que acontece es que se imponen para la celebración y ejecución del contrato. Esto es así ya que, como ocurre en este caso, solo si resultaba favorecida la propuesta de la sociedad futura FEPAZ S.A. continuaría con la constitución de la sociedad y la celebración del contrato.

Lo anterior sin perjuicio que en las Ordenanzas n.° 001 de 12 de enero de 1995 y 028 de 14 de octubre de 1997, proferidas por la Asamblea Departamental de Santander y las n.º (s) 010 de 7 de mayo y 043 de 19 de diciembre de 1997, por la del Cesar autorizaron a cada uno de los gobernadores a apropiar las partidas presupuestales para la celebración de contrato de promesa de sociedad futura en su condición de participes. Sin perder de vista que fungieron como oferentes en el proceso de selección del contrato estatal de concesión abierto por Ferrovías. De manera que el cargo que se analiza tampoco tiene vocación de prosperidad.

**iv) Violación del derecho a la igualdad, en cuanto FERROVÍAS permitió que se subsanara la promesa de contrato de sociedad futura.**

La parte actora sostuvo que al momento de la presentación de la propuesta, la sociedad futura adjudicataria –FEPAZ S.A.- carecía de los elementos esenciales de asociación, relativos al contrato de promesa para constituir una sociedad en los términos de los artículos 110 y 119 del Código de Comercio y como se le permitió adjuntar un nuevo documento relativo a la futura constitución de una sociedad anónima, con fecha posterior al cierre de la licitación, se vulneró la ley y el pliego de condiciones. Esto es, se considera que la promesa de contrato era un documento esencial de la propuesta, por cuanto determinaba la calidad, capacidad, consentimiento y exigibilidad del proponente, el que echa de menos, pues el documento presentado por FEPAZ no cumple las condiciones para ser considerado promesa.

El numeral 3.15. del pliego de condiciones previó la posibilidad de que FERROVÍAS requiriera información a los proponentes para que aclararan sus propuestas, siempre que no modificaran o complementaran las ofertas[[6]](#footnote-6). Se destaca:

*Ferrovías podrá requerir a los proponentes las aclaraciones formales que considere necesarias, entendiéndose por formales aquellas que no impliquen modificar o complementar la propuesta, ni alterar el principio de igualdad entre los proponentes.* ***Especialmente, se entenderá que se modifica o complementa la propuesta, cuando las aclaraciones que se efectúen impliquen la modificación del plan de obras de rehabilitación que fue incluido en la propuesta".***

*(…)*

*En todo caso, FERROVÍAS únicamente requerirá la información que considere conveniente dentro del plazo máximo señalado para la evaluación de la propuesta, y no podrá emitir el resultado de la evaluación que efectúe, sino cuando se hayan vencido los plazos concedidos a los proponentes.*

Fundado en las reglas del pliego, el 13 de noviembre de 1997, FERROVÍAS solicitó a los proponentes de FEPAZ S.A. aclarar o corregir la propuesta, para que se ajustara a las previsiones contenidas en los artículos 110 y 119 del Código de Comercio, sin que para el efecto echara de menos de manera clara, la falta de elementos esenciales del contrato. En ese orden, exigió que el contrato de promesa se ajustara a las exigencias de dichas normas[[7]](#footnote-7).

No puede pasarse por alto que el objeto del contrato tenía que ver con la concesión estatal de la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura del transporte férreo de carga de la red Atlántica, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de modo que el contrato de promesa de sociedad futura comportaba una de las formas de asociación permitida en el pliego de condiciones para la materialización y ejecución del contrato de concesión. Para el efecto, el numeral 1.7 del pliego estableció que podían participar las personas o grupos de personas que cumplieran las siguientes condiciones:

***1.7.1. Condición jurídica***

*"Para la presentación de la propuesta, los proponentes podrán presentarse a la licitación:*

*“i) Individualmente, bajo la forma de personas naturales;*

*ii) Individualmente, bajo la forma de personas jurídicas;*

*iii) Conformando una unión temporal o consorcio, o cualquier otra clase de grupo o asociación, cuyos integrantes podrán tener la calidad de personas jurídicas o naturales.*

Y sobre la existencia y representación legal -1.7.4-. se determinó que, en el evento de que la propuesta ofertara la creación de una nueva sociedad, debía adjuntarse, además de los documentos de existencia y representación legal de los constituyentes, el documento de promesa de constitución, en el cual debía manifestarse expresamente que su perfeccionamiento se sujetaría únicamente a la adjudicación del contrato de concesión.

Lo anterior permite concluir que el contrato principal tenía que ver con la concesión del transporte férreo de carga de la red atlántica. Y que, como dentro de las formas de asociación de textura abierta se permitía la promesa de constitución de una sociedad futura, es claro que se podía constituir cualquier clase de sociedad. Además el contrato de promesa, no pasó de ser accesorio al de concesión, al tiempo regido por las reglas del derecho privado[[8]](#footnote-8). De modo que el requerimiento de FERROVÍAS tenía que ver con establecer si se cumplieron o no las previsiones del artículo 110 del Código de Comercio.

Ahora aunque el contrato de promesa de sociedad futura se sujetó a las normas del derecho común, so pretexto de la aclaración o corrección solicitada por FERROVÍAS, es claro que el proponente no podía modificar sus condiciones esenciales. Bajo ese entendimiento si se ofertó constituir una sociedad anónima, no podía modificar el tipo de sociedad ofertada, la razón social, los partícipes de la sociedad, el objeto, la participación y el cumplimiento de la condición para la constitución de la sociedad, que tenía que ver en todo caso con la adjudicación del contrato.

La Sala de Casación Civil y Agraria hizo una distinción sobre los elementos esenciales del contrato de promesa de sociedad que determinan su validez, que las partes deberán convenirlos, de aquellos que responden a su naturaleza. Esto, porque tratándose de un contrato de linaje mercantil deberá fijarse la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, en cuanto instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente*[[9]](#footnote-9).* Ha dicho la Corte:

*3. La Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 13 de noviembre de 1981 (G.J. CLXVI, No. 2.407, págs. 610 a 683), tomó partido por la teoría consensualista, siendo este criterio ratificado en sentencia de casación de 31 de mayo de 1990. Sin embargo, no obstante que el impugnante aboga por la tesis de la consensualidad, en este caso la Corte se considera relevada de confrontar esa argumentación con la que sostiene la exigencia de la solemnidad del escrito, por cuanto el desacuerdo no radica sobre este aspecto, ya que el contrato objeto de controversia se perfeccionó por escrito privado, sino acerca del contenido de ese pacto, porque el recurrente entiende, al contrario de lo pregonado por el Tribunal, que por ser consensual el contrato de promesa de compraventa mercantil, no precisa del elemento de la determinación del contrato prometido.*

*Al respecto parece no existir desarmonía conceptual porque la doctrina unánimemente predica, incluyendo desde luego la jurisprudencia de la Corporación, que dicho contrato debe reunir, como es obvio, los requisitos esenciales que para su existencia y por principio general reseñan los ordinales 2º, 3º y 4º del art. 89 de la ley 153 de 1887, es decir, que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquéllos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el art. 1502 del Código Civil, según glosa que al numeral se hace; que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato y que se determine de tal suerte el contrato prometido, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Concretamente la Corte en la sentencia de 13 de noviembre de 1981, luego de anotar que unos mismos principios orientan los contratos de promesa de compraventa civil y mercantil, acotó que no obstante la consensualidad que en aquella ocasión se dejó por averiguada, el contrato de linaje mercantil debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, porque siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran.*

*De ahí la sanción anulatoria que en el marco del Código Civil se impone con respecto a aquellas promesas que no fijan la época de celebración del contrato prometido o lo dejan indeterminado, la cual cambiaría para la inexistencia en el régimen del Código de Comercio, pues se estaría, precisamente, frente a un negocio jurídico carente de uno de sus elementos esenciales (art. 898 inc. 2º del C. de Comercio).*

*(…)*

*Para llegar a la anterior conclusión, bastaría la información obtenida de la lectura del art. 861 del C. de Comercio, pues esta norma una vez declara el efecto obligacional del contrato de promesa, en su segunda parte estatuye que “La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”, esto es, a los requisitos y solemnidades que para su perfeccionamiento la ley establezca, lo que en otras palabras significa que el contrato prometido debe determinarse, especificarse o individualizarse en el contrato de promesa de manera completa e inequívoca, de modo tal que para su perfeccionamiento sólo quede faltando la tradición de la cosa o las solemnidades legales, que son las reglas y formalidades del caso en consideración a la naturaleza del contrato. De ahí entonces, que necesariamente se deba concluir que sus elementos esenciales deben aparecer en la promesa, porque esta individualización sumada a la fijación de la época para la celebración, definen, según se explicó, el carácter preparatorio o transitorio de la promesa. En conclusión, como remate de esta parte del estudio, no resulta admisible frente a las más elementales reglas de la lógica jurídica, pensar en una promesa de celebrar un contrato sin que éste quede identificado cabalmente, esto es por sus elementos esenciales, porque en ese contrato la obligación de hacer carecería de objeto, o sea de prestación.*

*(…)*

*En este orden de ideas, tratándose de la promesa de un contrato de compraventa, para dar cumplimiento exacto al requisito del ord. 4 del art. 89 de la ley 153 de 1887, se requiere que ella contenga los elementos esenciales de la compraventa, es decir, aquellos que “determinan” dicho contrato, porque lo especifican y lo individualizan mínimamente, según se analizó, quedando a discreción de los contratantes una más concreta particularización que implique la inclusión de elementos accidentales del mismo.*

*(…) Quedan igualmente excluidos del contenido expreso de la promesa, como condición de validez o existencia de la misma, los elementos de la naturaleza, que como bien se sabe por ley se entienden incorporados sin que sea necesaria su estipulación (art. 1501 del C. Civil).*

Analizado el contenido de la promesa inicial acompañada con la oferta, desde un principio se puso de presente i) que los partícipes serían los departamentos del Cesar y Santander, Emcarbón S.A, Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A., Fenit Servizi S.P.A., Rail Indica Technical & Economic Services Ltda, Grodca S.C.A., Consultores de Desarrollo S.A., Hy-Tec Fodnas & Cia S. en C., Maderas Santan Barbara Ltda, Transgranos Ltda, Sotecni S.P.A; ii) se prometió una Sociedad Anónima, denominada FERROCARRILES DE LA PAZ-FEPAZ S.A.-; iii) se fijó el domicilio principal; iv) el objeto se relacionó con la celebración y ejecución del contrato estatal de concesión correspondiente a la licitación pública n.° 001/97; v) se previó la participación y el capital autorizado, entre otros. Ahora, en atención a la solicitud elevada por la contratante se adicionaron aspectos no esenciales pues los partícipes, el objeto y el tipo de sociedad se conservaron. De lo que se sigue que la aclaración mantuvo en lo esencial la oferta respecto de las condiciones esenciales del negocio. Observase que se trató de adicionar aspectos supletivos innecesarios, si se considera que cuando no se pacta, se imponen las previsiones legales, como ocurre con la época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios, la forma de liquidar la sociedad, las facultades y obligaciones del revisor fiscal, pues ello no significaba que se mutara ni el tipo de sociedad prometida ni la oferta misma, en tanto el mismo pliego de condiciones lo permitía. Esto es, las aclaraciones formales que considerara necesarias, que no implicaran modificar o complementar la propuesta, por lo que es claro que los elementos esenciales de la promesa se encontraban incorporados al momento de presentar la propuesta.

Además, esta disposición del pliego consultaba, en todo caso, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la cual previó que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no serviría de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. Y ello solo se predica de aquellos aspectos contenidos en la propuesta que daban lugar a la asignación de puntaje, por lo que es claro que las deficiencias contenidas en la promesa de sociedad futura de FERROCARRILES DE LA PAZ FEPAZ S.A., subsanables no daban lugar al rechazo de la propuesta. De modo que la aclaración solicitada por FERROVÍAS consultó la norma legal y pliego de condiciones, en cuanto no tuvo que ver con el plan de obras, tampoco con la oferta económica tan sólo dio lugar a completar aspectos no sustanciales de la sociedad que se prometían.

En conclusión, tampoco este cargo prospera.

iv) **La propuesta económica del adjudicatario se encontraba condicionada, en cuanto el documento denominado *"Consideraciones Básicas de Nuestra Oferta"*** *en el cual, aparte de realizar una serie de aseveraciones, expresamente condicionó a "FERROVÍAS, como propietaria que es y continuará siendo, de la vía férrea y su zona de seguridad, colaborará decididamente y eficazmente para que el corredor que se entregue se mantenga en condiciones tales que pueda garantizar el derecho de uso v explotación que otorga en concesión”.*

Para el actor la propuesta del adjudicatario, en cuanto puso de presente que FERROVÍAS debía continuar colaborando para que el corredor se mantuviera en condiciones que permita garantizar el derecho de uso, permitía al adjudicatario retirarse del contrato, violando una clara prohibición legal.

La Sala tampoco encuentra razonable dicha imputación, en cuanto el pliego previó, en el numeral 2.1.2., esto es en el capítulo relacionado con la entrega y exclusión de los bienes inmuebles concesionados que aunque los inmuebles entregados en CONCESIÓN se encontrarán bajo la responsabilidad, administración, vigilancia y control del CONCESIONARIO a partir de la fecha de la firma del acta de entrega de bienes inmuebles, en los casos en que *“por cualquier circunstancia el bien no pueda ser utilizado, bien sea porque resulte imposible acceder al mismos o porque su utilización no sea viable de acuerdo a su estado actual al momento de la entrega, el CONCESIONARIO no estará obligado a recibir el bien hasta tanto no sea solucionado el problema que hace imposible su utilización, responsabilidad que estará a cargo de FERROVÍAS y bajo su cuenta y riesgo”*. De lo que se sigue que las obligaciones de la entidad contratante relacionadas con la entrega de los inmuebles en estado de funcionamiento iban más allá de la suscripción del contrato. Ahora, en rigor, la mención que se hace en el documento denominado “Condiciones básicas de nuestra oferta”, se ciñe a lo previsto en el pliego de condiciones. Sin perjuicio de que la interpretación, en caso de duda, tendría que consultar el pliego de condiciones en cuanto ley del contrato y el interés general, pues el adjudicatario y futuro contratista es un simple colaborador de la administración. Además, la Sala no encuentra razonable el argumento, en cuanto del mismo no se deduce que el contratista pueda retirarse del negocio, sin quedar sujeto a las responsabilidades que ello comporta, por el incumplimiento de sus obligaciones precontractuales o contractuales. En consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad del acto de adjudicación por este aspecto.

**v) El demandante acusa que la propuesta presentada por la SOCIEDAD FUTURA FERROCARRILES DE LA PAZ S.A. FEPAZ, fue artificialmente baja, por lo que debió ser rechazada.**

Al respecto, cabe destacar la indeterminación del valor del contrato; aunque FERROVÍAS ofrecía aportar, para la ejecución del Plan de Obras de Rehabilitación, hasta una cifra equivalente al valor nominal en pesos colombianos, de US$ 140.000.000 (dólares de los Estados Unidos de América), por un término no superior a cinco años.

Al tiempo dispuso que le correspondía al proponente solicitar el monto del aporte, pero que, en todo caso, si lo encontraba adecuado podría *“no requerir ningún aporte de Ferrovías”*. Solicitud que el adjudicatario no formuló ni requirió aporte alguno, haciendo más atractiva su propuesta. Siendo ello posible en los términos del pliego. De modo que este cargo tampoco prospera.

**vi) La no suscripción del contrato**

Mediante resolución n.° 0052 del 27 de enero de 1998, FERROVÍAS adjudicó la licitación n.° 001 de 1997 FEPAZ S.A. al proponente SOCIEDAD FUTURA FERROCARRILES DE LA PAZ S.A. FEPAZ. A continuación, en los términos del pliego, las partes tendrían un término máximo de 3 meses contados a partir de la fecha de la adjudicación, para la suscripción del contrato. Entre tanto el adjudicatario solicitó prórroga para formalizar la constitución de la sociedad que no cumplió. Es así como, mediante resolución n.° 0378 del 29 de mayo de 1998, FERROVÍAS declaró el incumplimiento de la propuesta presentada por FEPAZ S.A por la omisión y falta de cumplimiento de los requisitos legales y necesarios para la firma y ejecución del contrato objeto de la licitación, al tiempo revocó la citada resolución n.° 0052 de fecha veintisiete (27) de enero de 1998 y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta a la sociedad futura “Ferrocarriles de la Paz S.A. .FEPAZ S.A.”.

Ahora, al margen que mediante oficio de 8 de enero de 1998, el Gobernador del departamento del Cesar puso en conocimiento del Presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS, su decisión de retirar la participación del departamento en la constitución de sociedad futura y de no concurrir a la celebración y ejecución del contrato, no puede pasarse por alto que la oferta, comporta un ofrecimiento serio de querer celebrar un negocio jurídico y que, una vez haya sido notificada por el proponente, este no podrá retractarse, de lo que se sigue que por su naturaleza es irrevocable, so pena de reparar los perjuicios que dicha situación genere al destinatario, por lo que es claro que la determinación del departamento del Cesar de no participar en la conformación de FEPAZ S.A. le acarrearía consecuencias adversas. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala  de Casación civil, se refirió al tema en estos términos:[[10]](#footnote-10)

“No puede confundirse la “oferta”, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra (artículo 845 del Código De Comercio) (que en cuanto reúna los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario), con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, esta última que abarca múltiples posibilidades tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el*comerciante*anuncia sus productos, y a los que el artículo 847 del mismo código les niega obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere,***el deseo serio y leal de querer contratar y solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos***.”

Aunque la Sala no se pronunciará sobre la legalidad de la resolución que declaró el incumplimiento de la propuesta presentada por FEPAZ S.A., en cuanto no fue demandada, ni es materia de la presente controversia, es claro que el incumplimiento del adjudicatario no comporta *per se* que su propuesta tendría que haberse rechazado y por esa vía concluir que la oferta de la Sociedad futura "Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A –FCA- fuera la mejor. De una parte porque la adjudicación se sujetó a las previsiones del pliego y de otra porque la actora no demostró que su oferta fuera superior.

Se conoce sí, que la sociedad anónima denominada FERROCARRILES DE LA PAZ –FEPAZ, no se constituyó por decisión del departamento del Cesar, quien puso de manifiesto su retiro del contrato, lo cual alteró las condiciones para la participación del grupo de oferentes beneficiados con la adjudicación y ello impidió sin duda su conformación. Es todo lo que se conoce y la sala pone de presente al respecto.

En consecuencia, se mantendrá la decisión del tribunal por las razones expuestas, en cuanto no se acreditaron los cargos de ilegalidad del acto de adjudicación.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia que negó las súplicas de la demanda.

**TERCERO: SIN COSTAS** por no aparecer causadas.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidente**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

**(Con impedimento) [[11]](#footnote-11)**

1. *A folios 1, 2, 4, 5, 13, 14, 24 y 25 obran los poderes suscritos por los representantes de las sociedades CB TRANSPORTES S.A. – SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTA MARTA S.A. – SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO S.A. (STF S.A.) – TRANSPORTACIÓN MARITIMA GRANCOLOMBIANA S.A. a favor del señor LUÍS EDUARDO NIETO JARAMILLO y los correspondientes certificados de existencia y representación, sociedades que se encuentran vigentes.*

   [↑](#footnote-ref-1)
2. *Cuando se presentó la demanda -25 de febrero de 2004-, la cuantía exigida para que la acción contractual tuviera vocación de doble instancia ascendía a $ 51.730.000,oo y el monto de la pretensión mayor equivale a la suma* ***US****$42’720.097,00 – CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL NOVENTA Y SIETE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.* [↑](#footnote-ref-2)
3. ***ARTÍCULO 24. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA***

   *5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:*

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

   *b) 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.*

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

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

   *e) 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.*

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

   *Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o término de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.*

   **ARTÍCULO 25 PRINCIPIO DE ECONOMÍA**

   *(…)*

   *12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.*

   *La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.*

   ***ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN***

   *La licitación o concursos e efectuará conforme a las siguientes reglas:*

   *1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.*

   *De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.*

   *2o 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.*

   *3o Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.*

   *En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.*

   *Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.*

   *4o Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.*

   *Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.*

   *Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.*

   *5o El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.*

   *Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.*

   *Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.*

   *6º. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.*

   *(…)*

   [↑](#footnote-ref-3)
4. *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 4 de 2008. M. P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 17783.* [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 15 de noviembre 2001. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. En igual sentido concepto 1889 de 2008.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Sobre la posibilidad de corregir la oferta y la competencia de la administración para requerir a los partícipes aclaraciones formales, en sentencia de 12 de noviembre de 2014, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Suibsección “C”, expediente 27986, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO, sostuvo* **“***En vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de 2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse hasta antes de la adjudicación, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación. Sin embargo, hay que aclarar que la expresión citada no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son “preclusivos y perentorios”, es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno es decir que durante la vigencia de la Ley 80 -y con más claridad en vigencia de la Ley 1150 de 2007- las entidades estatales deben solicitar a los proponentes que aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las propuestas. Esta oportunidad sólo puede realizarse, por razones obvias, a partir del momento en que empieza la etapa de evaluación –tan pronto se entregan las ofertas-, abarcando la etapa de análisis de las observaciones contra el informe de evaluación –que materialmente supone una evaluación final de las ofertas- e incluso -como límite- llega hasta la adjudicación. Esto significa que la oportunidad para aclarar, explicar y subsanar las ofertas incluye varias etapas del proceso de selección. [E]l proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen. De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla –sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede, salvo que ella misma se lo amplíe, y con tal de que no afecte el procedimiento, lo cual seguramente valorará en términos de la ausencia de afectación al desenvolvimiento normal del proceso de selección. En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente -como cuando otorga un par de horas para conseguir un documento que objetivamente tarda más-, de manera que cuando es absurdo, el proponente puede acudir a la jurisdicción o a los demás órganos de control para que intervengan esta actuación administrativa, con la cual también se vulnera, materialmente, la posibilidad que la ley confiere de subsanar o de aclarar y explicar las ofertas.*

   [↑](#footnote-ref-6)
7. ***ARTÍCULO 110. <REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD>.*** *La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:*

   *1) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia;*

   *2) La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código;*

   *3) El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;*

   *4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;*

   *5) El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año;*

   *6) La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad;*

   *7) La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia;*

   *8) Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse;*

   *9) La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma;*

   *10) La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie;*

   *11) Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores;*

   *12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados;*

   *13) Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos, y*

   *14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.*

   ***ARTÍCULO 119. <REQUISITOS DE LA PROMESA DE CONTRATO DE SOCIEDAD>.*** *La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo* [*110*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr003.html#110)*, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse.*

   *Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella.*

   [](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr003.html#top) [↑](#footnote-ref-7)
8. *Artículo   13º Ley 80 de 1993.-  De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.* [↑](#footnote-ref-8)
9. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 14 de julio de 1998. M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ*. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, sentencia de 4 de abril de 2001, expediente 5716.* [↑](#footnote-ref-10)
11. *Mediante auto de 21 de enero de 2016 se aceptó el impedimento –folio 1154 del cuaderno principal-.* [↑](#footnote-ref-11)