

## **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Cosa juzgada**

De conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, la sentencia que niega la nulidad solicitada produce efectos de cosa juzgada erga omnes, pero solo en relación con la causa pretendi juzgada. (...) La legalidad del indicado acto administrativo ya fue objeto de examen judicial en sentencia del 30 de junio de 2016, proferida por la Sección Tercera, Subsección B de esta Corporación (...) Examinada la causa pretendi de la demanda (...) Respecto del primer cargo de nulidad aquí referido, en la comentada sentencia se señaló que, contrario a lo afirmado por los allí demandantes, los departamentos del Cesar y Santander sí contaban con autorizaciones previas otorgadas por sus respectivas Asambleas Departamentales, actos que habilitaron en forma suficiente a los gobernadores tanto para participar en la Licitación Pública N° 001 de 1997 como para prometer la constitución de la sociedad adjudicataria y proceder a la subsiguiente contratación. Para el caso específico del Cesar, en la sentencia se afirmó que las facultades de su gobernador estaban contenidas en las Ordenanzas 010 del 7 de mayo de 1997 y 043 del 19 de diciembre de ese año. Con fundamento en ello. (...) En cuanto al cargo relativo a la supuesta ausencia de disponibilidad presupuestal del departamento del Cesar – reprochado también al departamento de Santander en la causa allí resuelta-, el sentenciador de cierre del proceso número 1998-02425 precisó que el requisito de la disponibilidad presupuestal para la apertura y desarrollo de la licitación solo era obligatorio para la entidad estatal contratante pero no para los proponentes y que, si bien las personas jurídicas de derecho público que eventualmente participaran como oferentes también debían constituir reservas presupuestales, estas les eran exigibles únicamente para la celebración y ejecución del contrato respectivo, pero no para el proceso previo de selección. (...) En el presente caso, el departamento del Cesar centró su reproche de ilegalidad contra la Resolución N° (...) en la circunstancia de haberse adjudicado el contrato objeto de la Licitación Pública N° (...) a la sociedad futura Fepaz S.A., a sabiendas de que uno de sus miembros, esto es, el mismo departamento del Cesar, carecía de autorización expresa para participar en ese proceso de selección y celebrar los contratos que de este se derivaban, además de no contar con la disponibilidad presupuestal que, en su criterio, exigía la ley (...) Así las cosas, se advierte que los reproches formulados por el departamento del Cesar contra la Resolución N° 0052 de 1998, expedida por Ferrovías, ya fueron analizados y resueltos por la Sección Tercera – Subsección B de esta Corporación en sentencia del 30 de junio de 2016, la cual produjo efectos de cosa juzgada erga omnes sobre los mencionados cargos de nulidad. (...) esta Sala declarará de oficio la excepción de cosa juzgada,

## **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Contrato de concesión – Asuntos precontractuales – Nulidad de la resolución que declara impedido al adjudicatario**

La Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías abrió la Licitación Pública (...) con el objeto de celebrar un contrato de concesión para adelantar las actividades de “rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Atlántica”. En el pliego de condiciones –documento aportado al proceso en copia auténtica por la parte actora en el proceso N° (...) y en copia simple por los demás sujetos procesales-, la entidad señaló que la licitación se convocaba con fundamento en lo dispuesto en la Resolución (...) del 26 de diciembre de 1996, y que se adelantaría de acuerdo con lo establecido en los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 30 de la Ley 105 de 1993 (...) - De conformidad con el pliego de condiciones, los proponentes podrían participar individualmente, como personas naturales o jurídicas, o bien, “conformando una unión temporal o consorcio o cualquier otra clase de grupo o asociación”, cuyos miembros también podrían ser personas naturales o jurídicas (...) Una de las asociaciones oferentes fue la sociedad futura “Ferrocarriles de la Paz – Fepaz S.A.”, (...) en la cual no solo participaron varias compañías de derecho privado, sino también los departamentos de Santander y Cesar. (...) Dentro del plazo otorgado para la constitución de la sociedad adjudicataria, el departamento del Cesar se mantuvo en su posición de no participar en ese negocio jurídico, lo cual les impidió a los demás promitentes socios

suscribir en legal forma la respectiva escritura pública y cumplir los compromisos asumidos en la propuesta. Como consecuencia, el contrato de concesión adjudicado nunca llegó a celebrarse, de suerte que Ferrovías profirió la Resolución (...) por la cual declaró el incumplimiento del adjudicatario y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta. (...) [L]a Sala concluye que no hay lugar a declarar la nulidad de las Resoluciones 0378, 0395, 0401 y 0739 de 1998, toda vez que la declaratoria del incumplimiento del adjudicatario y la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta, dispuestas en tales actos administrativos, resultaban procedentes. (...) En efecto, el departamento del Cesar incumplió, por su propio arbitrio, las obligaciones que había asumido válidamente en el indicado proceso de selección y en la promesa de constitución de la sociedad Fepaz S.A.

### **CONTRATO DE CONCESIÓN – Requisito obligatorio adelantar el proceso de licitación pública**

Como es sabido, entre las distintas tipologías de contrato estatal previstas en el estatuto general de contratación pública se encuentran los contratos de concesión, definidos en el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 como aquellos que celebran las entidades del Estado con el objeto de conferir a un particular “la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público” o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio o uso público. (...) La concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual. (...) Para la época de los hechos que son materia de esta controversia (...) ya se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, por la cual se regulaban –como hoy- los contratos de concesión de la infraestructura ferroviaria, no solo porque esa modalidad de contratación estaba prevista expresamente en dicho cuerpo normativo, sino también porque el artículo 30, parágrafo 2 de la Ley 105 de 1993 disponía que los contratos de concesión celebrados para los proyectos viales –incluyendo los ferroviarios- se sujetaban al Estatuto General de la Contratación Pública, aunque previó algunas salvedades en relación con las causales de nulidad de los contratos estatales. Por tanto, el contrato de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento y explotación de la infraestructura ferroviaria debía estar precedido de una licitación pública, como lo imponía en ese momento el artículo 24, numerales 1 y 8 de la Ley 80 de 1993.

### **LICITACIÓN PÚBLICA – Irrevocabilidad del acto de adjudicación – Ley 87 de 1993**

De conformidad con las reglas contenidas en el estatuto de contratación administrativa, la licitación ha de culminar con la adjudicación del contrato al proponente seleccionado. Al respecto, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, el artículo 30, numerales 11 y 12 establecía: El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos (...). El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. Este carácter irrevocable y vinculante de la adjudicación, previsto expresamente en la ley, hace palmaria para el adjudicatario la obligación de celebrar el contrato, a tal punto que, de conformidad con la norma citada, la no celebración del negocio jurídico por parte del proponente seleccionado acarrea su responsabilidad patrimonial, que se concreta con la sanción pecuniaria consistente en la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta, además de la eventual obligación de reparar los perjuicios no cubiertos por la respectiva póliza. De tal alcance era la irrevocabilidad de la adjudicación y

la obligación de celebrar el contrato en la normativa vigente durante la época de los hechos, que aun ante el evento de una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevenida durante la licitación, la ley no preveía la revocatoria del acto que adjudicaba el contrato, sino que establecía medidas que recaían en cabeza del proponente afectado con la inhabilidad o incompatibilidad, como lo eran: i) entender la ocurrencia de la causal como una renuncia a su participación en el proceso, o bien, ii) tratándose del miembro de un consorcio o unión temporal, se le imponía el deber de ceder esa participación a un tercero.

### **ADJUDICACIÓN – irrevocabilidad del acto de adjudicación – En vigencia de la Ley 1150 de 2007**

El artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 modificó el alcance de esa irrevocabilidad y de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, al establecer que “si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado”. No obstante, esa misma norma reiteró que, por regla general, el acto de adjudicación es irrevocable y, en todo caso, tal disposición normativa no estaba vigente en la época de ocurrencia de los hechos que motivaron el litigio aquí examinado por la Sala. Retomando entonces la regla general prevista en el artículo 30, numeral 12 del estatuto general de contratación pública, se tiene que, bajo esa línea fijada por la ley sobre el carácter irrevocable de la adjudicación, es claro –y así lo ha indicado la jurisprudencia– que la propuesta u oferta presentada en la licitación también ostenta esa irrevocabilidad, no pasible de retractación por el oferente, so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial con la entidad estatal convocante.

### **LICITACIÓN PÚBLICA – Irrevocabilidad de la oferta del proponente**

(...) Toda vez que la oferta presentada en licitación pública se encamina a la celebración de un negocio jurídico – cuál es el contrato estatal-, le resulta aplicable –en cuanto a su naturaleza e irrevocabilidad- lo dispuesto en los artículos 845 y 846 del Código de Comercio (...) esta Corporación señaló que si bien la promesa presentada en licitación pública reunía los elementos de la oferta regulada en el estatuto de comercio, en el proceso de selección que adelantara el Estado, la retractación del oferente no generaba los efectos señalados en el artículo 846 del indicado código, sino que tal conducta, si se presentaba antes de la adjudicación, no generaba consecuencias jurídicas para ninguna de las partes ni impedía que se evaluara y seleccionara la propuesta desistida, mientras que si era posterior al acto de adjudicación, daba paso a la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta y a la reparación de los perjuicios no cubiertos por esta, en virtud de lo previsto en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993. (...) En este punto, vale la pena precisar que con la expedición del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008 se dispuso por primera vez que la garantía de seriedad de la oferta habría de cubrir, entre otros riesgos, el retiro de la propuesta después de haber vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas

### **IRREVOCABILIDAD DE LA PROMESA – Responsabilidad solidaria**

Cuando el proponente plural haya formulado su oferta y acudido al proceso de selección bajo la promesa de sociedad futura, (...) el eventual incumplimiento de uno de los promitentes socios frente a la entidad estatal convocante no exime de responsabilidad a los demás, puesto que en virtud de la solidaridad de las obligaciones derivadas del contrato de promesa y, como lo dispone el artículo 1571 del Código Civil, el acreedor afectado puede “dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por este pueda oponérsele el beneficio de división”. Del caso resulta advertir, igualmente, que de conformidad con el artículo 7, parágrafo 3 de la Ley 80 de 1993, las sociedades que se conformen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, se someten a las mismas responsabilidades y efectos dispuestos en ese estatuto para los consorcios. Así entonces, la irrevocabilidad de la propuesta de Fepaz S.A. y la

responsabilidad solidaria surgida del contrato de promesa de sociedad le imponían al departamento del Cesar –en su condición de parte en dicho contrato- unas obligaciones que no podía simplemente recusar por medio de una nueva ordenanza –que, como tal, no podía generar el efecto de suprimir consecuencias jurídicas previstas en normas de superior jerarquía, como las legales- ni con la revocatoria del poder que se le había conferido al representante de la sociedad futura Fepaz S.A. (...) Luego, al abstenerse el departamento del Cesar de suscribir el contrato de sociedad, necesario para que la adjudicataria Fepaz S.A. celebrara la concesión licitada, incurrió en un incumplimiento injustificado, no avalado ni protegido por la ley, puesto que la Ordenanza N° 04 de 1998 no impedía que permanecieran incólumes las obligaciones que válidamente había asumido el ente territorial. En esa medida, mal podía exigírsele a Ferrovías que aceptara u orquestara tal desatención a los deberes adquiridos por el departamento ni que les permitiera a los miembros de Fepaz S.A. hacer caso omiso a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en el Código de Comercio sobre la irrevocabilidad de la oferta, las obligaciones emanadas del contrato de promesa de sociedad y las cargas derivadas de la licitación pública.

### **REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN PARA CONTRATAR – Efectos**

Las obligaciones surgidas del contrato de promesa de sociedad y de la presentación de la propuesta en la licitación pública fueron válidamente asumidas por el departamento del Cesar y no se extinguieron por el hecho de que la asamblea revocara a través de una ordenanza las facultades que previamente le había conferido al gobernador y que ya habían generado efectos vinculantes para la entidad territorial, merced a la propuesta presentada en la licitación y a la promesa de sociedad que, en legal forma y debidamente habilitado, había suscrito el gobernador del Cesar. La negativa de la Asamblea del Cesar a autorizar al departamento para participar en la constitución de Fepaz S.A., si bien impedía jurídicamente la concreción de ese acto prometido, entrañó un incumplimiento de la entidad territorial que, aun cuando se tornó insuperable para los demás socios de la asociación adjudicataria, generaba en la licitación unos efectos previstos en la ley y distintos a los que ahora alega la parte demandante; efectos que consistían en la responsabilidad solidaria de los promitentes socios y en la sanción prevista en el artículo 30, numeral 12 del Estatuto de Contratación Administrativa, y no en la alegada obligación para Ferrovías de aceptar que la empresa concesionaria tuviera una composición y una distribución de capital distintas a las señaladas en la propuesta favorecida. (...) Ni las reglas de la contratación pública ni las demás normas del ordenamiento jurídico obligan a las entidades estatales a aceptar modificaciones de las propuestas ni de la naturaleza jurídica o conformación de los oferentes, antes ni después del acto de adjudicación.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00149-01(37638)**

**Actor: DEPARTAMENTO DEL CESAR - SEGUROS CONFIANZA S.A. Y OTROS**

**Demandado: FERROVÍAS**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Temas: LICITACIÓN PÚBLICA – Obligatoria para celebrar contrato de concesión – Posibilidad de que el oferente concorra bajo la modalidad de contrato de promesa de sociedad / PROMESA DE SOCIEDAD – Responsabilidad solidaria de los promitentes socios, frente a terceros / AUTORIZACIÓN PARA CONTRATAR – Requerida por el gobernador del departamento – genera obligaciones para el departamento – REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN PARA CONTRATAR – No extingue las obligaciones válidamente asumidas por la entidad territorial – no exime de la responsabilidad solidaria derivada de la oferta en licitación pública y de la promesa de sociedad / GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA – Características / INCUMPLIMIENTO DEL ADJUDICATARIO – Las razones internas de su omisión no le son oponibles a la entidad estatal

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió negar las pretensiones de la demanda.

### **SÍNTESIS DEL CASO**

En 1997, la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías abrió la Licitación Pública N° 001, con miras a otorgar en concesión la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la red férrea nacional del Atlántico. En el proceso de selección participaron dos asociaciones oferentes, cada una de estas integrada por varias personas jurídicas que acudieron bajo la forma de contrato de promesa de sociedad, comprometiéndose cada proponente, en efecto, a constituir la compañía concesionaria si se cumplía la condición de que le fuera adjudicado el contrato objeto de la licitación.

Una de las asociaciones oferentes fue la sociedad futura “Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.”, conformada por diferentes sociedades anónimas, mientras que la otra proponente se denominó sociedad futura “Ferrocarriles de la Paz –Fepaz S.A.-“, en la cual no solo participaron varias compañías de derecho privado, sino también los departamentos de Santander y Cesar.

El departamento del Cesar suscribió los documentos de la licitación y la promesa de constitución de sociedad por conducto de su gobernador, quien obró en virtud de la autorización conferida por la Asamblea del Cesar mediante Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997. La indicada asamblea también profirió, posteriormente, la Ordenanza N° 043 del 19 de diciembre de 1997, por la cual autorizó al gobernador para conformar la sociedad que *“asumiría”* obligaciones *“frente a Ferrovías”*.

No obstante, mediante Ordenanza N° 04 del 16 de enero de 1998, la Asamblea del Cesar derogó la Ordenanza N° 043 del 19 de noviembre de 1997. Este hecho le fue comunicado al presidente de Ferrovías por el nuevo gobernador del departamento, posesionado el 1 de enero de 1998. El indicado mandatario también le manifestó a la entidad que *“no avalaría”* la participación del departamento en la Licitación Pública N° 001 de 1997 y que no celebraría contrato alguno derivado de ese proceso de selección, como tampoco concurriría a constituir la sociedad prometida Fepaz S.A.

El 27 de enero de 1998, Ferrovías le adjudicó el contrato a la proponente sociedad futura Fepaz S.A. Sin embargo, dentro del plazo otorgado para la constitución de la sociedad adjudicataria, el departamento del Cesar se mantuvo en su posición de no participar en ese negocio jurídico, lo cual les impidió a los demás promitentes socios suscribir en legal forma la respectiva escritura pública y cumplir los compromisos asumidos en la propuesta. Como consecuencia, el contrato de concesión adjudicado nunca llegó a celebrarse, de suerte que Ferrovías profirió la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 (aclarada mediante las Resoluciones 0395 y 0401 de 1998), por la cual declaró el incumplimiento del adjudicatario y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

La decisión fue recurrida por todos los proponentes, incluyendo a los miembros de Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., quienes reprocharon que el contrato no se les hubiera adjudicado de manera sustitutiva, como estaba previsto en el pliego de condiciones para el evento en que el adjudicatario favorecido no celebrara el acuerdo de voluntades.

Ferrovías confirmó en todas sus partes la decisión impugnada, mediante Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998.

## **I. ANTECEDENTES**

## 1. Las demandas y su trámite

### 1.1. Proceso N° 1999-00148

Mediante demanda presentada el 27 de noviembre de 1998 (folios 27 al 43, cuaderno 2) a través de apoderado judicial (fl.1, c.2), la Compañía Aseguradora de Fianzas –Seguros Confianza S.A.- interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías-<sup>1</sup>, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

*1. Que se declare nula la Resolución N° 0378 de mayo 29 de 1998, mediante la cual se declara el incumplimiento de la propuesta formulada por el proponente Sociedad Futura ‘Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ S.A.’ dentro de la Licitación 001-97 FERROVÍAS; se hace efectiva la póliza N° G U01 002*

*1071644, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA S.A., en cuanto ampara la seriedad de la oferta, y se hacen otras condenas y declaraciones, por ser violatoria del ordenamiento constitucional y legal.*

*2. Que se declaren nulas Resoluciones Nos. 0395 y 0401 aclaratorias de la resolución 0378 de mayo 29 de 1998, del 3 y 4 de junio de 1998 respectivamente, por ser parte integrantes (sic) de la misma y de esta manera, violar el ordenamiento constitucional y legal.*

*3. Que se declare nula la Resolución 0739 del 13 de octubre de 1998, por medio de la cual se decide ‘Confirmar en todas sus partes la Resolución N° 0378 del 29 de Mayo de 1998 y las Resoluciones Nros. 0395 y 0401 aclaratorias de la primera resolución, del 3 y 4 de junio de 1998 respectivamente (...)’, por ser violatoria de las normas constitucionales y legales.*

*4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS a hacer, en el evento de haberse pagado el valor correspondiente a la póliza, la devolución de la suma de dinero que se pague por dicho concepto.*

*4 (sic). Que a la suma de dinero que se devuelva a SEGUROS CONFIANZA S.A. se le apliquen los intereses corrientes bancarios permitidos por la Ley, aplicados desde el momento en SEGUROS (sic) CONFIANZA haya pagado el valor de la póliza y hasta cuando se verifique el pago de la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS (...).*

---

<sup>1</sup> Hoy liquidada, en virtud de lo dispuesto en los Decretos 1791 de 2003, 2089 de 2005 y 83 de 2005, así como en el acta final de liquidación, suscrita por el designado liquidador de Ferrovías el 11 de marzo de 2009.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la actora narró que mediante Resolución N° 1664 del 1 de diciembre de 1996, Ferrovías abrió la Licitación Pública N° 001 de 1997 con el objeto de contratar, mediante el sistema de concesión, la rehabilitación, conservación, operación y explotación de *“la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Atlántica”* (fl. 28, c.2).

Señaló que en la licitación pública participaron dos oferentes, a saber, la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico y la sociedad futura Ferrocarriles de la Paz –Fepaz S.A.-, esta última integrada por los siguientes socios promitentes:

- Departamento del Cesar
- Departamento de Santander
- Emcarbón S.A.
- Dragados y Construcciones S.A.
- Fomento de Construcciones y Contratas S.A.
- Consultores del Desarrollo S.A.
- Transgranos Ltda.
- Grodco S.C.A.
- Fenit Servizi S.P.A.
- Rites Ltd.
- Hy Tech Fodnass & Cía. S.C.S.
- Maderas Santa Bárbara Ltda.
- Sotecni S.P.A.

Afirmó que, en efecto, estas empresas y entidades habían celebrado un contrato de “*promesa de sociedad futura*” el 21 de noviembre de 1997 y, aunque el departamento del Cesar obró a través de su gobernador, este no contó con la debida autorización de la Asamblea Departamental, la cual –según lo sostuvo- solo fue emitida con posterioridad al contrato de promesa de sociedad, con la Ordenanza N° 043 del 19 de diciembre de 1997.

Manifestó que el 16 de enero de 1998, la Asamblea Departamental del Cesar derogó la Ordenanza N° 043 de 1997 y dio por terminadas las facultades conferidas en ese acto administrativo. Agregó que, en esa medida, el gobernador del Cesar carecía de toda atribución para suscribir el contrato de promesa y constituir la sociedad prometida, en tanto que el departamento no contaba con la correspondiente asignación presupuestal para los aportes que debían hacerse en virtud de ese negocio jurídico.

Refirió que una vez presentada la propuesta en el proceso de licitación, pero antes de que este se adjudicara, el departamento del Cesar le comunicó a Ferrovías que no continuaría participando, toda vez que se abstendría de constituir la sociedad Fepaz S.A., por “*múltiples razones de carácter legal*” (fl. 29, c.2).

Expresó que, por su parte, la Procuraduría General de la Nación presentó ante Ferrovías un informe que daba cuenta de posibles irregularidades en el proceso de selección y en la oferta presentada por la sociedad futura Fepaz S.A.

Indicó que, a pesar de las anteriores circunstancias, Ferrovías le adjudicó a Fepaz S.A. la Licitación 001-97 mediante Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, en la cual no excluyó al departamento del Cesar. Según su dicho, el acto administrativo le fue notificado al representante de los miembros de Fepaz S.A. pero no al gobernador del Cesar, de suerte que la decisión no tuvo efectos vinculantes para esa entidad territorial.

Expuso la demandante que, durante las semanas siguientes a la adjudicación, los miembros de la futura sociedad Fepaz S.A. intentaron constituir la con el concurso del departamento del Cesar, sin éxito alguno, razón por la cual se propuso ante Ferrovías conformar la sociedad concesionaria sin la participación del Cesar y con

una recomposición del capital, que se lograría con el incremento de participación porcentual del departamento de Santander.

Según la demanda, mediante oficio del 4 de mayo de 1998, Ferrovías rechazó esa alternativa y advirtió que no aceptaría como concesionaria a una empresa que no fuera exactamente igual a la que se prometió en la oferta presentada durante la licitación.

Señaló la parte actora que, fallidos los intentos de constitución de la sociedad, el 29 de mayo de 1998, Ferrovías expidió la Resolución N° 0378, por la cual declaró el incumplimiento de Fepaz S.A., revocó el acto administrativo de adjudicación del contrato y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la respectiva oferta. Manifestó que la entidad aclaró su decisión mediante las Resoluciones 0395 del 3 de junio de 1998 y 0401 del 4 de junio de ese año, precisando en estas que el recurso procedente era el de reposición.

Finalmente, adujo que la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 fue confirmada por Ferrovías mediante la Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998, en la cual fueron resueltos todos los recursos de reposición interpuestos contra la primera.

#### **1.1.1. Cargos de nulidad**

La demandante Seguros Confianza S.A. enunció como normas violadas los artículos 2, 5 y 29 de la Constitución Política, el artículo 1060 del Código de Comercio, el Decreto 01 de 1984, el Código Civil y la Ley 80 de 1993.

Como concepto de la violación, refirió un *“incumplimiento anunciado”* que, en su sentir, fue ignorado por Ferrovías, dado que esta entidad había sido advertida con antelación sobre el retiro del departamento del Cesar y sobre irregularidades en la oferta de Fepaz S.A., pese a lo cual le adjudicó a esta proponente la Licitación 001-97. Asimismo, formuló como cargos de nulidad la *“imposibilidad física y jurídica de suscribir el Contrato de Sociedad de Economía Mixta por parte de los integrantes del Grupo FEPAZ”* y la *“indebida notificación”* de la Resolución N° 0378 de 1998 al departamento del Cesar.

#### **1.1.2. Trámite previo a la acumulación**

1.1.2.1. Mediante auto del 11 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, la cual fue notificada en legal forma a la entidad demandada (fls. 46 al 48, c.2).

1.1.2.2. La Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- (hoy suprimida) manifestó que, contrario a lo afirmado por la demandante, el gobernador del Cesar celebró la promesa de constitución de sociedad contando con expresas y previas facultades otorgadas por la Asamblea Departamental, puesto que esta confirió tal autorización mediante Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997 y no con la Ordenanza N° 043 del 19 de diciembre de 1997, aducida en el libelo. Agregó que este último acto administrativo no fue conocido por Ferrovías pero sí era indicativo de que allí se ratificaba una autorización ya otorgada previamente.

Sostuvo que fue extemporánea la supuesta derogatoria de las facultades conferidas al gobernador del Cesar, toda vez que esa decisión se adoptó cuando la Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997 ya había producido efectos jurídicos, en cuanto fue este el acto el que le sirvió de fundamento al departamento del Cesar para participar en la Licitación 001 de 1997. De igual manera refirió que, en todo caso, no estaba probado que la autorización concedida por la Asamblea Departamental hubiera sido expresamente derogada por ese organismo.

Sostuvo que las decisiones y comunicaciones del nuevo gobernador del Cesar no eran vinculantes para Ferrovías, puesto que no tenían la virtud de derogar el acto administrativo de autorización que previamente había proferido la Asamblea Departamental, el 7 de mayo de 1997.

Propuso la excepción de *“falta de proposición jurídica completa”*, en cuya virtud sostuvo que la sociedad demandante omitió solicitar la nulidad de la Resolución N° 0052 de 1998, por la cual fue inicialmente adjudicado el contrato de concesión. En ese sentido, expresó que en el evento de declararse la nulidad de los actos que sí fueron demandados, la decisión de adjudicación recobraría su vigencia, lo cual ya no era procedente.

Asimismo, propuso la excepción de *“ineptitud formal de la demanda”* señalando que la actora desatendió lo dispuesto en el artículo 139 del C.C.A. al aportar solo la copia

simple de los actos acusados y no la copia auténtica exigida en la norma<sup>2</sup> (fls. 52 al 29, c.2).

1.1.2.3. En providencia del 8 de julio de 1999 se decretaron las pruebas del proceso (fl. 68, c.2), y el 22 de agosto de 2000 se corrió traslado de la actuación a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 85).

1.1.2.4. En esa oportunidad procesal, la parte actora reiteró los hechos y los cargos de nulidad formulados en la demanda (fls. 86 al 96, c.2).

1.1.2.5. La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **1.2. Proceso N° 1999-00149**

Mediante demanda presentada el 27 de noviembre de 1998 (folios 2 al 30, cuaderno 1) a través de apoderado judicial (fl. 1, c.1), el departamento del Cesar interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías-, a fin de que se acogieran las siguientes pretensiones:

*1. Que son nulas las siguientes resoluciones, expedidas por el Presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVÍAS, en cuanto vinculan como miembro del adjudicatario de la licitación 001 de 1997 al Departamento del Cesar, y en consecuencia lo consideran como parte del proponente que incumplió con la celebración del contrato.*

*A- Resolución N° 0052 de 27 de enero de 1998, mediante la cual se adjudicó la Licitación No. 001 de 1997 (...) a la Sociedad Futura ‘Ferrocarriles de la Paz S.A. FEPAZ S.A.’*

*B- Resolución 0378 del 29 de mayo de 1998, mediante la cual se resolvió la situación jurídica de la Licitación No. 001 de 1997 de FERROVÍAS y se adoptan medidas pertinentes, de acuerdo con el Pliego de Condiciones (...).*

*C- Resolución 00395 de junio 3 de 1998, por medio de la cual se aclara la resolución 0378 de 29 de mayo de 1998.*

*D- Resolución 0401 de 4 de junio de 1998, mediante la cual se aclaran las resoluciones 0378 de 29 de mayo de 1998 y 00395 de junio 3 de 1998.*

*E- Resolución 0739 del 13 de octubre de 1998, por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición que fueron interpuestos contra la resolución 0378 del 29 de mayo de 1998, para confirmarla, aclarando que en*

---

<sup>2</sup> Cabe anotar que Ferrovías aportó copia auténtica de los actos acusados y de todos los documentos atinentes a la Licitación Pública N° 001 de 1997, incluyendo el pliego de condiciones y la propuesta de Fepaz S.A., como se indicará en el análisis del presente caso.

*virtud de la revocatoria realizada, por incumplimiento del adjudicatario, la Administración ya no está obligada a suscribir contrato alguno (...). Todo lo anterior, solo en cuanto las mencionadas Resoluciones vinculan al Departamento del Cesar, como miembro del proponente FEPAZ (...).*

*2. Como consecuencia de la nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho que se declare, ordenar la desvinculación del Departamento del Cesar del proceso relacionado con la Licitación No. 001 de 1997, convocada por FERROVÍAS S.A., de la adjudicación de la mencionada licitación y del incumplimiento del proponente adjudicatario, liberándolo de cualquier pago atinente a la garantía de seriedad de la oferta presentada por la Sociedad Futura 'Ferrocarriles de la Paz S.A.'*

Al exponer los hechos que sirvieron de fundamento a estas pretensiones, la entidad demandante manifestó que la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías- abrió la Licitación Pública N° 001 de 1997 –mediante Resolución N° 1664 del 1 de diciembre de 1996-, cuyo objeto era otorgar en concesión la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Atlántica.

Afirmó, igualmente, que uno de los dos oferentes participantes en la licitación pública fue la sociedad futura Ferrocarriles de la Paz –Fepaz S.A.-, la cual, según su dicho, acudió al proceso de selección “*con el objeto único de constituirse como sociedad de economía mixta*”, para lo cual sus miembros celebraron el respectivo contrato de promesa el 7 de octubre de 1997.

Expresó que el gobernador del Cesar había firmado la promesa de constitución de sociedad sin contar con la autorización previa y expresa de la Asamblea Departamental y sin que existiera la correspondiente disponibilidad presupuestal, lo cual afectó la capacidad de la entidad territorial para celebrar el negocio jurídico y participar en la concesión, circunstancia esta que, según lo indicó, fue expuesta por el oferente ‘Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.’ en la fase de observaciones a la evaluación de las propuestas.

Indicó que mediante oficio 026 del 21 de enero de 1998, el Procurador General de la Nación le advirtió a Ferrovías sobre varias irregularidades que se habían detectado en la participación de los departamentos del Cesar y Santander en la Licitación Pública N° 001 de 1997, coincidiendo en varios aspectos con lo que previamente había observado el oferente ‘Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.’

Expuso que el 19 de diciembre de 1997, la Asamblea Departamental del Cesar expidió la Ordenanza N° 043, por la cual autorizó al gobernador para constituir la

sociedad futura Fepaz S.A., no obstante lo cual, el acto administrativo “*no alcanzó a entrar en vigencia*” por no haber sido publicado en legal forma y, adicionalmente, por haberse emitido cuando ya se había celebrado el contrato de promesa de constitución de sociedad.

Agregó que la misma Asamblea Departamental del Cesar derogó ese acto mediante la Ordenanza N° 04 de enero de 1998, decisión que el gobernador puso en conocimiento de Ferrovías el 19 de enero siguiente, fecha en la cual el dignatario también revocó el poder que su antecesor le había otorgado al ciudadano Richard Maid Cabrera para que fungiera como presidente de la futura sociedad Fepaz S.A.

Señaló que, a pesar de las circunstancias indicadas, Ferrovías adjudicó la concesión a Fepaz S.A. mediante la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, acto que no le fue notificado en legal forma al departamento del Cesar y que no tenía efecto vinculante para esta entidad, en tanto ya no estaba legalmente habilitada para constituir la sociedad prometida.

Refirió que mediante la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998, Ferrovías declaró el incumplimiento de la adjudicataria Fepaz S.A., revocó el acto de adjudicación de la concesión y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, cobijando con tales decisiones al departamento del Cesar pese a la imposibilidad jurídica en la que este se encontraba para continuar participando en la licitación y en la subsiguiente contratación. Igualmente, precisó que la Resolución N° 0378 de 1998 fue confirmada en sede de reposición, mediante Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998.

Recalcó que el departamento del Cesar no se oponía a la declaratoria de incumplimiento de la proponente Fepaz S.A. ni a la situación jurídica que, según su dicho, se creó al confirmarse la Resolución N° 0378 de 1998<sup>3</sup>, sino que la censura recaía sobre la decisión de hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, incluyendo en tal medida a la entidad territorial, pese a que respecto de esta no podía predicarse responsabilidad alguna.

### **1.2.1. Cargos de nulidad**

La entidad estatal demandante manifestó que al adjudicar la concesión a sabiendas de que el departamento del Cesar no contaba con la habilitación legal requerida

---

<sup>3</sup> La cual no fue especificada en la demanda.

para ese efecto, Ferrovías infringió el artículo 2 de la Constitución Política puesto que no aseguró *“la vigencia de un orden justo”*, en la medida en que le impuso obligaciones contractuales a quien estaba en imposibilidad jurídica de asumirlas. Consideró, igualmente, que con tal adjudicación se habían infringido los artículos 6 y 209 constitucionales, por cuanto Ferrovías se extralimitó en sus funciones y desconoció los principios de la función administrativa.

Agregó que la entidad demandada había desatendido lo dispuesto en el artículo 8, numeral 1, de la Ley 80 de 1993, al no aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal y adjudicar la concesión a una entidad que, en efecto, estaba inhabilitada para celebrar el negocio jurídico, merced a la ausencia de la autorización que para el efecto debió expedir la Asamblea Departamental y a la inexistencia de la disponibilidad presupuestal que la ley le exigía al departamento para adelantar contrataciones como la controvertida en la demanda.

De igual manera señaló como infringidas las disposiciones contenidas en los artículos 300 y 345 de la Constitución Política, 3, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto – Ley 111 de 1996, todo ello en relación con el acto de adjudicación del contrato, esto es, la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998.

Respecto de las Resoluciones 0378, 00395, 0401 y 0739 de 1998, también demandadas por el departamento del Cesar, se señaló que a tales actos administrativos también les resultaban aplicables los vicios aducidos frente a la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998.

### **1.2.2. Trámite previo a la acumulación**

1.2.2.1. Mediante auto del 12 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, la cual fue notificada en legal forma a la entidad demandada (fls. 33 al 36, c.1). En la misma providencia se dispuso vincular como litisconsorte necesario por activa a la compañía de seguros Confianza S.A., la cual fue notificada el 29 de abril de 1999 (fl. 40, c.1).

1.2.2.2. La sociedad Seguros Confianza S.A. compareció al proceso el 24 de mayo de 1999 y señaló como pretensiones, las que planteó en la demanda radicada con el N° 1999-00148. Asimismo solicitó que esta actuación, junto con el expediente N°

1999-0175, fueran acumulados al proceso incoado por el departamento del Cesar (fls. 41 al 44, c.1).

1.2.2.3. La Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- centró su defensa en los mismos argumentos expuestos al contestar la demanda radicada con el N° 1999-00148, en cuanto a que el departamento del Cesar estaba habilitado y obligado para celebrar el contrato de constitución de sociedad y participar en la concesión, merced a la autorización previa y expresa que le había conferido la Asamblea Departamental al gobernador, mediante la Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997.

Propuso la excepción de *“caducidad”*. Señaló que este fenómeno se había configurado en el presente caso por haberse interpuesto la demanda después de que venciera el término de cuatro meses contado a partir de la notificación de los actos acusados, así como el plazo de 30 días previsto en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, para los actos precontractuales.

Formuló, igualmente, las excepciones de *“falta de legitimación por activa”* y *“falta de integración del litisconsorcio necesario”*, por considerar que las resoluciones enjuiciadas debieron ser demandadas por todos los promitentes socios de la adjudicataria de la concesión.

Finalmente, propuso la excepción de *“ineptitud formal de la demanda”* y cuestionó que el departamento del Cesar solo hubiera aportado la copia simple de los actos acusados (fls. 47 al 57, c.1).

### **1.3. Proceso N° 1999-00153**

El 26 de noviembre de 1998 (folios 1 al 13, cuaderno 3) a través de apoderado judicial (fls.14 al 16, c.3), las empresas Ecarbón S.A., Societa Tecnica Internazionale –Sotecni S.P.A.- y Fenit Servizi S.P.A. interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías-, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

*1.1. Que se declare la nulidad de los artículos primero y tercero de la resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 expedida por la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS, por medio de los cuales (sic) se declara, de una parte, el incumplimiento de la propuesta formulada por FEPAZ S.A. y de otra, se hace efectiva la garantía de seriedad de la misma.*

*1.2. Que se declare la nulidad de los artículos primero y segundo de la resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado.*

*1.3. Se declare la nulidad de las resoluciones aclaratorias de la original Nros. 0395 y 0401 del 3 y 4 de junio respectivamente.*

*1.4. Que como consecuencia de lo anterior, FERROVÍAS sea condenado a pagar los perjuicios causados a mi poderdante.*

*1.5. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 177 y siguientes del C.C.A.*

La parte actora refirió como hechos de la demanda, los relativos a la Licitación Pública N° 001 de 1997, convocada por Ferrovías para contratar mediante concesión, la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Atlántica.

Indicó que la concesión le fue otorgada a Fepaz S.A. por virtud de la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, fecha a partir de la cual la adjudicataria contaba con un plazo de tres meses para constituirse como sociedad de economía mixta.

Se señaló en el libelo que Ferrovías prorrogó en tres ocasiones el término para suscribir el contrato de constitución de sociedad, no obstante lo cual, vencidos todos los plazos, los promitentes socios no celebraron el negocio jurídico. La parte demandante agregó que la razón por la cual Fepaz S.A. no pudo conformarse legalmente como sociedad fue el hecho de que el departamento del Cesar y las empresas Dragados y Construcciones S.A., Fomentos de Construcciones y Contratas S.A. y Rites Ltd. no comparecieron a firmar la respectiva escritura pública.

Manifestó que Ferrovías expidió la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998, por la cual declaró el incumplimiento de la proponente Fepaz S.A. -al no constituirse formalmente como sociedad concesionaria- y ordenó hacer efectiva la garantía única de seriedad de la oferta, decisión que fue confirmada por la entidad estatal mediante Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998.

### **1.3.1. Cargos de nulidad**

La parte demandante señaló que la única consecuencia jurídica prevista en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993 para cuando el adjudicatario no suscribe el contrato estatal, es que queda a favor de la entidad el valor del “depósito” o garantía de seriedad de la oferta, sin perjuicio de las acciones procedentes para

reclamar la indemnización de perjuicios, pero que ello no implicaba que la autoridad pública contratante tuviera facultades legales para declarar el incumplimiento de los oferentes.

Manifestó, asimismo, que en la Licitación Pública N° 001 de 1997, el adjudicatario no era una sola persona natural o jurídica sino una pluralidad de sujetos obligados a conformar una sociedad, pero que al no ser esta, todavía, una persona jurídica debidamente constituida, la responsabilidad por la no celebración del contrato societario debía ser individual y no colectiva, de suerte que Ferrovías no debió declarar el incumplimiento de todos los promitentes miembros de Fepaz S.A. sino solo el de aquellos que no comparecieron a suscribir la escritura pública de constitución de sociedad anónima.

En este punto, invocó el artículo 30, numerales 12 y 8 de la Ley 80 de 1993, en cuanto disponían que la responsabilidad de los adjudicatarios solo se predicaba cuando sin justa causa se abstuvieran de suscribir el contrato estatal, de lo cual coligió que en el caso concreto, la aplicación de la garantía de seriedad de la oferta solo debió cobijar a las sociedades y entidades que se rehusaron o estaban imposibilitadas para suscribir la escritura pública de constitución de sociedad y fungir, por consiguiente, como miembros de la concesionaria.

Por otro lado, reprochó el contenido del artículo 2 de la Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998, en cuanto aclaró que en virtud del incumplimiento del adjudicatario, la entidad estatal no estaba obligada a celebrar el contrato con este. Al respecto, la parte actora manifestó que esa disposición había modificado indebidamente la postura fijada por la Administración en la Resolución N° 0378 de 1998, en la cual solo se limitó la entidad a revocar el acto de adjudicación del contrato, sin más consideraciones ni condiciones adicionales.

Afirmó, por último, que la revocatoria del acto de adjudicación era ilegal por no haber contado con el beneplácito de todos los afectados, tal y como lo establecían, en su sentir, los artículos 73 y 74 del C.C.A.

### **1.3.2. Trámite previo a la acumulación**

1.3.2.1. Mediante auto del 11 de marzo de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, la cual fue notificada en legal forma a la entidad demandada (fls. 47 al 50, c.3).

1.3.2.2. La Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- contestó la demanda en los mismos términos expuestos en los otros procesos anteriormente referidos.

Adicionalmente, manifestó que en el momento de verificar la existencia o no de justas causas para la no celebración del contrato de sociedad, la entidad solo constató impedimentos e irregularidades respecto del departamento del Cesar pero no sobre los demás sujetos que se abstuvieron de firmar la correspondiente escritura pública.

Sostuvo que no podía confundirse la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal con la declaratoria de incumplimiento de una oferta, ya que se trataba de actos distintos, con disímiles consecuencias jurídicas. Por otro lado, estimó como infundada la censura planteada contra el artículo 2 de la Resolución N° 739 de 1998.

Propuso la excepción de *“ineptitud formal de la demanda”* por cuanto las compañías demandantes no aportaron copia auténtica de los actos acusados.

Formuló, igualmente, las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por activa”* e *“inexistencia de la parte demandante”*, manifestando que la demanda había sido presentada por un consorcio<sup>4</sup> supuestamente conformado por las empresas Emcarbón S.A., Societa Tecnica Internazionale –Sotecni S.P.A.- y Fenit Servizi S.P.A., cuya constitución no fue probada en el proceso y respecto del cual no se adoptó decisión alguna durante la Licitación N° 001 de 1997.

Por último, propuso la excepción de *“falta de integración del litisconsorcio necesario”*, reiterando que los actos acusados debieron ser demandados por todos los sujetos afectados con lo allí decidido (fls. 53 al 62, c.3).

#### **1.4. Proceso N° 1999-00158**

En escrito de demanda, radicado el 27 de noviembre de 1998 (folios 20 al 50, cuaderno 4) a través de apoderado judicial (fls.1 al 3 y 114, c.4), las empresas Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y

---

<sup>4</sup> Ni la demanda ni el auto por el cual se dispuso su admisión, refirieron la existencia o comparecencia de consorcio alguno, como más adelante se señalará.

Rail India Technical & Economic Services –Rites Ltd.- interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías-, con las siguientes pretensiones:

*1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 mediante la cual se declara el incumplimiento de una promesa formulada por la Sociedad Futura 'Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ S.A.' y se ordena hacer efectiva una garantía de seriedad de la oferta.*

*1.2. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0395 del 3 de junio de 1998 mediante la cual se aclara la Resolución N° 0378 en el sentido de conceder el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión.*

*1.3. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0401 del 4 de junio de 1998, mediante la cual se aclara la Resolución N° 378 en el sentido de aclarar (sic) que el recurso concedido es el de reposición.*

*1.4. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998 mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de declaratoria de incumplimiento y la orden de hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta.*

*1.5. Que se declare la nulidad de la comunicación N° 0319 de mayo 4 de 1998, mediante la cual, a contrario sensu, se niega la posibilidad de modificar la estructura de la promesa de asociación futura a pesar del conocimiento de las razones que llevaban a esa petición.*

*1.6. Que se declare la nulidad del acto ficto mediante el cual se entiende negado el recurso interpuesto contra la decisión N° 0319 de mayo 4 en razón a la ocurrencia del silencio administrativo.*

*1.7. Que a título de restablecimiento del derecho se declare que mis poderdantes no incumplieron sus obligaciones.*

*1.8. También a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de lo anterior, no se haga efectiva la garantía de seriedad de la propuesta. En el evento de haberse cobrado suma alguna de dinero a mis poderdantes como consecuencia del cobro de dicha póliza por parte de la respectiva compañía de seguros se ordene la devolución de la suma cancelada (...).*

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora refirió la Licitación Pública N° 001 de 1997, abierta por la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- mediante Resolución N° 1664 del 1 de diciembre de 1996, con el objeto de dar en concesión las actividades de transporte férreo de carga de la Red Atlántica. De igual manera, expuso lo relativo a la adjudicación del contrato a la sociedad futura Fepaz S.A. por haber cumplido, según lo anotó, todos y cada uno de los requisitos previstos en el pliego de condiciones.

Afirmó que el 8 de enero de 1998, el señor Lucas Gnecco Cerchar, en su condición de gobernador del Cesar, le comunicó al presidente de Ferrovías su decisión “*imprevisible, irresistible y autónoma*” de no avalar los documentos suscritos por su antecesor Mauricio Pimiento Barrera Barrera, en relación con la Licitación Pública N° 001 de 1997. Agregó que el 16 de enero de 1998, la sociedad futura Fepaz S.A. le indicó a Ferrovías que el incumplimiento del departamento del Cesar le acarrearía responsabilidad patrimonial a esa entidad territorial.

Indicó que en Ordenanza N° 004 16 de enero de 1998, la Asamblea Departamental del Cesar revocó la Ordenanza N° 043 de 1997, por la cual –adujo- se le habían otorgado facultades al anterior gobernador para participar en la Licitación Pública N° 001 de 1997, de suerte que el departamento quedó sin facultad legal alguna para intervenir u obligarse en ese proceso de selección ni en la subsiguiente contratación.

Señaló que el 19 de enero de 1998, el gobernador del Cesar le comunicó a Ferrovías su decisión de revocar el poder que le había conferido al señor Richard May Cabrera para que, fungiendo como representante de todos los miembros de Fepaz S.A., suscribiera en nombre del departamento la promesa de constitución de esa sociedad futura. En este punto, también refirió que Ferrovías recibió de parte del gobernador del Cesar, copia de la Ordenanza N° 004 de 1998.

Manifestó que, a pesar de todo lo anterior, Ferrovías le adjudicó a Fepaz S.A. el contrato objeto de la Licitación N° 001 de 1997, con lo cual le impuso a los miembros de la sociedad futura unas obligaciones de imposible cumplimiento, siendo previsible para la entidad estatal que el departamento del Cesar no comparecería a constituir la sociedad concesionaria y que ninguno de los promitentes socios podría constreñir a la Asamblea Departamental para que emitiera una nueva autorización.

Indicó que, de conformidad con el numeral 3.16 del pliego de condiciones, Ferrovías debía rechazar, en cualquier momento y hasta antes de la adjudicación, toda propuesta que presentara inexactitudes en la información relevante y determinante allegada por el respectivo proponente, no obstante lo cual, habiendo conocido de antemano las irregularidades presentadas con el departamento del Cesar y sabiendo que esta entidad ya no integraría la prometida sociedad Fepaz S.A., le adjudicó a esta la licitación pública.

Señaló que durante el plazo de tres meses con el que contaban los promitentes socios de Fepaz S.A. para constituir la sociedad, tales integrantes adelantaron

gestiones para lograr la vinculación societaria del departamento del Cesar, pero no alcanzaron ese objetivo, en particular porque el 1 de abril de 1998, todos los miembros atendieron la cita en la Notaría 55 de Bogotá para firmar la respectiva escritura pública, a excepción de la entidad territorial.

Según lo expuesto en la demanda, mediante Oficio N° 00319 del 4 de mayo de 1998, Ferrovías otorgó un nuevo plazo para la constitución de la sociedad, recalcando que tal negocio jurídico debía celebrarse en los mismos términos indicados por la oferente en la propuesta presentada durante la licitación. Al respecto, la actora señaló que con esa advertencia, Ferrovías estaba indicando que consideraba imprescindible la participación del departamento del Cesar e insistió en ello a pesar de conocer desde antes, la imposibilidad jurídica en la que se encontraba esa entidad para conformar la sociedad concesionaria.

Agregó la parte demandante que, dado que a Fepaz S.A. se le impusieron obligaciones de imposible cumplimiento, su representante interpuso recurso de reposición contra el Oficio N° 00319 de 1998, argumentando que la no participación del departamento del Cesar no desmejoraba la propuesta de la empresa que habría de fungir como concesionaria. Agregó que el recurso no fue resuelto por Ferrovías, con lo cual se mantuvo la imposición de obligaciones jurídica y físicamente imposibles para los adjudicatarios.

Señaló que, en comunicación del 27 de mayo de 1998 y en reunión sostenida con el presidente de Ferrovías el 1 de junio de ese año, Fepaz S.A. le solicitó a la entidad estatal que aceptara la reestructuración de la sociedad concesionaria. No obstante, Ferrovías no dio respuesta alguna a esa petición y procedió a expedir la Resolución 0378 del 29 de mayo de 1998, en la cual declaró el incumplimiento de la adjudicataria y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

La parte actora adicionó la demanda el 4 de octubre de 1999, para señalar como nuevos hechos que el 18 de marzo de 1999 Ferrovías inició una actuación administrativa tendiente a establecer si hubo o no una justa causa para que Fepaz S.A. incumpliera sus obligaciones como adjudicataria del contrato de concesión, actuación que culminó con la Resolución N° 0356 del 8 de abril de 1999, por la cual Ferrovías declaró la existencia de esa justa causa a favor de las sociedades Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Rail India Technical & Economic Services Ltd.

Agregó que el departamento del Cesar interpuso recurso de reposición contra ese acto administrativo, no obstante lo cual, este fue confirmado mediante Resolución N° 442 del 4 de junio de 1999 (fls. 129 y 130, c.4).

#### **1.4.1. Cargos de nulidad y solicitud de suspensión provisional**

La parte demandante enunció como normas violadas los artículos 6, 83, 121 y 209 de la Constitución Política, los artículos 3 y 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 863 del Código de Comercio.

Al exponer el concepto de la violación normativa, señaló que los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder, toda vez que mediante estos, Ferrovías adjudicó la licitación pública y luego revocó su decisión pese a conocer de antemano las irregularidades que desde un comienzo impedirían, palmariamente, la debida constitución de la sociedad adjudicataria Fepaz S.A. De igual manera manifestó que la entidad no obró en búsqueda del interés general sino para proteger su propio interés patrimonial, al ordenar la efectividad de la garantía por un riesgo cuya concreción era previsible e inminente desde antes de la adjudicación.

Refirió que en el caso concreto se habían configurado un caso fortuito y el hecho de un tercero, que les impidieron a los miembros de Fepaz S.A. constituir la sociedad mediante escritura pública.

Por último, la parte demandante solicitó la suspensión provisional de los actos acusados, con los mismos argumentos anteriormente referidos.

#### **1.4.2. Trámite previo a la acumulación**

1.4.2.1. Mediante auto del 15 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, la cual fue notificada en legal forma a la entidad demandada (fls. 107 al 118, c.4). En la misma providencia, negó la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados y ordenó vincular como litisconsorte necesario por activa, a la sociedad Seguros Confianza S.A.

1.4.2.2. En providencia del 18 de octubre de 1999, se admitió la reforma de la demanda, anteriormente referida, decisión que se notificó en legal forma a la entidad demandada y a la empresa Seguros Confianza S.A. (fls. 195 al 202, c.4).

1.4.2.3. La Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- ejerció su defensa y propuso las excepciones de *“ineptitud formal de la demanda”* y *“falta de legitimación en la causa por activa”*, todo ello con los mismos argumentos expuestos en los demás procesos acumulados (fls. 181 al 193, c.4).

1.4.2.4. Por su parte, Seguros Confianza S.A. puso en conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la existencia del proceso radicado con el N° 1999-0148 (fl. 206, c.4).

### **1.5. Proceso N° 1999-0175**

Mediante demanda presentada el 26 de noviembre de 1998 (folios 2 al 27, cuaderno 5) a través de apoderado judicial (fl.1, c.5), la sociedad Consultores del Desarrollo S.A. interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías-, con el objeto de que se acogieran en sentencia de mérito las siguientes pretensiones:

*1. Que son nulas las Resoluciones números 0378 del 29 de mayo de 1998, 0395 del 3 de junio de 1998, 0401 del 4 de junio de 1998 y 0739 del 13 de octubre de 1998, proferidas por la entidad demandada para declarar el incumplimiento de la propuesta formulada por el proponente Sociedad Futura Ferrocarriles de Paz (sic) S.A., ordenar hacer efectiva la GARANTÍA de seriedad de la propuesta y decidir, finalmente, de manera desfavorable, los recursos de Reposición interpuestos por los interesados.*

*2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se restablezca en sus derechos a la firma ‘CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A.’ en su condición de integrante del proponente sociedad futura ‘Ferrocarriles de la Paz S.A.’ en el sentido de declarar su estado de no incumplimiento de la propuesta a la que se refieren los actos demandados y de plena exclusión de los efectos de dichos actos.*

*3. Que igualmente, como consecuencia de la declaración solicitada (...), en calidad de restablecimiento del derecho se declare a ‘Consultores del Desarrollo S.A.’ no obligado a cancelar, total o parcialmente, el valor correspondiente a la garantía de seriedad de la propuesta y, asimismo, que dicha empresa tiene el derecho a que se le reintegre su valor si para la fecha del fallo hubiere sido obligada a pagarlo.*

*4. Que de la misma forma, de conformidad con el art. 85 del Código Administrativo (sic) (...) se ordene reparar a ‘Consultores del Desarrollo S.A.’:*

*a) el DAÑO ocasionado con la ilegal conducta de la Administración, por el monto y extensión que se demuestre en este proceso, ocasionado por el demérito de su imagen comercial de empresa a partir de la revocatoria de la adjudicación que aquí se demanda y las inadecuadas e inexactas*

*declaraciones de prensa dadas por la representación de FERROVÍAS sobre supuestas inhabilidades;*

*b) la indemnización por el perjuicio ocasionado a Consultores del Desarrollo derivado de la no celebración y consiguiente ejecución del contrato, la cual se determinará por el monto de las utilidades que Consultores del Desarrollo S.A. esperaba recibir durante el término de ejecución del mismo, establecido por los peritos que se solicitan en el acápite de pruebas (...).*

Al referir los hechos que sustentaron la demanda, la actora expuso lo concerniente a la Licitación N° 001 de 1997, anteriormente aludida, y señaló que en ese proceso de selección participó como oferente, además de Fepaz S.A., la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., cuya constitución también fue objeto de un contrato de promesa celebrado por las siguientes empresas:

- CB Transportes S.A.
- CB Inversiones Colombia S.A.
- Transportación Marítima Grancolombiana S.A.
- Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A.
- Gas, Petróleo y Derivados del Petróleo -Petrocolombia S.A.-.
- Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario –STF S.A.-.

Además de los hechos señalados por los demás demandantes, la actora Consultores del Desarrollo S.A. manifestó que durante la audiencia de adjudicación, la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. advirtió que el departamento del Cesar no participaría en la constitución de la sociedad Fepaz S.A. Agregó que si bien este aspecto fue el que mayor controversia suscitó en esa fase de la licitación, Ferrovías resolvió adjudicarle el contrato a Fepaz S.A. sin pronunciarse sobre la situación del departamento del Cesar.

Indicó que durante el plazo previsto para que se constituyera la sociedad adjudicataria, sus miembros realizaron esfuerzos para celebrar el contrato respectivo ya que habían entendido, además, que si Ferrovías les había adjudicado la licitación conociendo la irregularidad ya señalada, era de concluir que la entidad contratante estaba aceptando que la sociedad concesionaria se conformara sin la participación de departamento del Cesar.

Afirmó que el 27 de mayo de 1998 los miembros de Fepaz S.A. se reunieron con el presidente de Ferrovías para exponerle la imposibilidad de conformar la empresa adjudicataria en los términos establecidos en el pliego de condiciones y presentarle

una constancia del Notario 55 de Bogotá, en la cual manifestó que se encontraba en trámite la escritura pública de constitución de la sociedad, faltando solamente las firmas de tres empresas, pero que la entidad se limitó a advertir que adoptaría una decisión estrictamente jurídica y a levantar un documento que denominó *“Acta de Reunión de Cierre de Plazo concedido a los Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ S.A.–”*.

Luego de exponer lo concerniente a la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 y sus actos aclaratorios, señaló que durante el término que la entidad tenía para resolver los recursos interpuestos contra esa decisión, el presidente de Ferrovías manifestó ante la prensa que confirmaría la declaratoria de incumplimiento de la proponente por cuanto todos los miembros de la adjudicataria se encontraban inhabilitados, con lo cual creó un pánico económico que afectó el prestigio y la normal actividad comercial de la firma Consultores del Desarrollo S.A.

#### **1.5.1. Cargos de nulidad**

La sociedad demandante manifestó que los actos administrativos acusados infringían los artículos 2 y 36 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, el artículo 865 del Código de Comercio y el numeral 1.7.6 del pliego de condiciones.

Señaló que, de conformidad con el estatuto comercial –artículo 865-, el incumplimiento de uno de los contratantes no libera a los otros de sus obligaciones, de suerte que si en el caso concreto se evidenció un incumplimiento del departamento del Cesar, ello significaba que los demás promitentes socios de Fepaz S.A. debían celebrar el contrato, fungir como adjudicatarios y asumir entre todos las cargas que le correspondían al ente retirado, pero que en contravía con ello, Ferrovías había modificado las reglas de juego y les impidió a los co-adjudicatarios conformar la sociedad prometida y asumir tanto sus obligaciones contractuales como la responsabilidad ilimitada que se derivaba de la dimisión del Departamento.

Subrayó, por otro lado, el hecho de que Ferrovías adjudicara la licitación a Fepaz S.A. sabiendo que la entidad territorial participante no comparecería a constituir la empresa futura, con lo cual, en su sentir, estaba concluyendo que el adjudicatario sí cumplía con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que la sociedad podría conformarse sin su integrante retirado. En ese sentido, señaló que

al modificar su postura y declarar, posteriormente, el incumplimiento de todos los miembros de Fepaz S.A., el ente demandado había desconocido lo previsto en el pliego de condiciones.

Señaló que las resoluciones demandadas adolecían de “*incongruente*” motivación, dado que en estas se indicó que la promesa de constitución de sociedad no era un requisito esencial de la propuesta, pero se resolvió declarar el incumplimiento del oferente por no atender de manera íntegra lo pactado en ese contrato privado.

### **1.5.2. Trámite previo a la acumulación**

1.5.2.1. Mediante auto del 5 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, la cual fue notificada en legal forma a la entidad demandada. En el mismo proveído, se ordenó citar como litisconsortes necesarios por pasiva a la compañía de seguros Confianza S.A y a los demás integrantes de Fepaz S.A., vale decir, a las siguientes personas jurídicas (fls. 33 y 34, c.5):

- Departamento del Cesar
- Departamento de Santander
- Emcarbón S.A.
- Dragados y Construcciones S.A.
- Fomento de Construcciones y Contratas S.A.
- Grodco S.C.A.
- Fenit Servizi S.P.A.
- Rites Ltd.
- Hy Tech Fodnass & Cía. S.C.S.
- Maderas Santa Bárbara Ltda.
- Transgranos Ltda.
- Sotecni S.P.A.

1.5.2.2. La providencia le fue notificada a la compañía aseguradora Confianza S.A., al departamento del Cesar, al departamento de Santander y a las empresas Hy Tech Fodnass & Cía. S.C.S., Dragados y Construcciones S.A., Sotecni S.P.A., Grodco S.C.A. y Maderas Santa Bárbara Ltda (fls. 42 al 118, c.5). Todos estos sujetos procesales guardaron silencio.

1.5.2.3. La sociedad Transgranos Ltda. fue representada en el proceso por la curadora *ad litem* designada el 24 de julio de 2003 –previo emplazamiento-, quien manifestó que

coadyuvaba los planteamientos expuestos por la parte demandante (fls. 167 al 171, c.1).

1.5.2.3. Aunque las empresas Fomento de Construcciones y Contratas S.A., Fenit Servizi S.P.A., Rites Ltd. y Emcarbón S.A. no fueron notificadas del auto admisorio de la demanda N° 1999-00175, sí intervinieron como demandantes en los procesos acumulados 1999-00153 Y 1999-00158.

1.5.2.4. La Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- contestó la demanda en forma extemporánea, el 12 de septiembre de 2003 (fls. 174 al 179, c.1).

## **1.6. Proceso N° 1999-00536**

En demanda presentada el 26 de noviembre de 1998 (folios 89 al 132, cuaderno 6) a través de apoderado judicial (fls. 61 al 88, c.6), las empresas CB Transportes S.A., Transportación Marítima Grancolombiana S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A., Gas, Petróleo y Derivados de Colombia -Petrocolombia S.A.-, Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario -STF S.A.- y CB Inversiones Colombia S.A. –esta última en nombre propio y como cesionaria de los derechos litigiosos de la firma Constructora Norberto Odebrecht S.A.- interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías-, para que en sentencia de mérito se acogieran las siguientes pretensiones:

*PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0378 del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998) y las Resoluciones Aclaratorias No. 0395 y 401 del tres (3) y cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) respectivamente, en cuanto en el mismo acto administrativo no efectuaron la adjudicación sustitutiva del contrato de concesión al proponente calificado segundo en el Orden de Elegibilidad y la Resolución N° 0739 del trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998), en cuanto confirmó la no adjudicación sustitutiva del contrato de concesión; todas estas proferidas por la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS – FERROVÍAS-.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS- a pagar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los perjuicios sufridos por los aquí demandantes, por la expedición de las Resoluciones (...), perjuicios que están estimados en las utilidades dejadas de percibir, las cuales han sido estimadas en la suma de CUARENTA Y DOS*

*MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL NOVENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$42.720.097,00) (...).*

*TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que para indemnizar el lucro cesante se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS 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 bancaria corriente (...).*

*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: 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 PRETENSIÓN PRINCIPAL: 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 ejecutoria de la sentencia e intereses moratorios a partir de dicho término (...).*

La parte actora expuso, como fundamento fáctico de la demanda, los hechos relativos a la Licitación Pública N° 001 de 1997, convocada por Ferrovías para contratar mediante concesión, la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Atlántica. De igual manera refirió la composición societaria de los dos proponentes que participaron en el proceso de selección y los contratos de promesa de constitución de sociedad que con ocasión del proceso licitatorio, celebraron tales oferentes.

Señaló que ambas propuestas técnicas recibieron calificación favorable por parte de Ferrovías, mientras que en el factor económico, Fepaz S.A. obtuvo la mayor puntuación, de suerte que la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. quedó en el segundo orden de elegibilidad.

Indicó que mediante Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, se le adjudicó el contrato de concesión a Fepaz S.A., cuyos miembros, por consiguiente, contarían con un plazo de tres meses para constituir la sociedad adjudicataria, pese a lo cual no se celebró el contrato respectivo.

Afirmó que, como consecuencia de lo anterior, Ferrovías expidió la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998, por la cual declaró el incumplimiento de la oferente Fepaz S.A. y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, pero omitió adjudicar el contrato de concesión a Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., aunque así estaba previsto en el numeral 3.26 del pliego de condiciones.

Manifestó que la proponente Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución N° 0378 de 1998 y que, entre tanto, Ferrovías le solicitó la ampliación de la póliza que amparaba la seriedad de la propuesta, a fin de mantenerla vigente para la eventual adjudicación sustitutiva. Sin embargo –indicó–, mediante Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998, la entidad demandada confirmó en todas sus partes el acto administrativo impugnado y no accedió a adjudicar el contrato a Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., manteniendo la transgresión del numeral 3.26 del pliego de condiciones.

### **1.6.1. Cargos de nulidad**

La parte actora indicó que respecto de las resoluciones demandadas se cumplía la causal de nulidad de “*violación de norma superior*”, establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que las decisiones allí adoptadas infringían el numeral 3.26 del pliego de condiciones, los cuales –señaló– eran obligatorios tanto para la entidad estatal que convocó la licitación pública, como para los oferentes que participaron en esta.

Las empresas demandantes también solicitaron la suspensión provisional de los actos enjuiciados, petición que fue denegada por el juez de primera instancia (fls. 133 al 141, c.6).

### **1.6.2. Trámite previo a la acumulación**

1.6.2.1. Mediante auto del 8 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y denegó –se reitera– la solicitud de suspensión provisional presentada por la parte demandante (fls. 144 al 147, c.6).

1.6.2.2. En providencia del 4 de noviembre de 1999, se aceptó la cesión de los derechos litigiosos de la Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario STF S.A. a favor de las empresas CB Transportes S.A., CB Inversiones Colombia S.A., Transportación Marítima Grancolombiana S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A. y Gas, Petróleo y Derivados de Colombia -Petrocolombia S.A.- (fls. 242 y 243, c.6).

Asimismo, el 9 de marzo de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó la cesión de los derechos litigiosos de la firma Transportación Marítima Grancolombiana S.A. a favor de la compañía TMG Overseas S.A. (fls. 256 y 257, c.6).

## **2. Acumulación de procesos y trámite de primera instancia**

2.1. El 28 de noviembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la acumulación de los procesos 1999-00149, 1999-00153, 1999-00158 y 1999-00536 (fls. 79 y 80, c.1). La decisión fue adicionada mediante auto del 6 de febrero de 2001, por el cual se dispuso acumular el proceso 1999 – 00148 (fls. 84 y 85, c.1).

2.2. En providencia del 30 de julio de 2002, se aceptó la cesión de los derechos litigiosos de CB Inversiones Colombia S.A. a favor de CB Transportes S.A. (fls. 137 al 138, c.1).

2.3. En la misma fecha, el Tribunal ordenó el emplazamiento de la sociedad Transgranos S.A., citada a la actuación como litisconsorte necesario por activa (fl. 139, c.1).

2.4. El emplazamiento de Transgranos S.A. se efectuó el 4 de abril de 2003 (fl. 156, c.1). Sin embargo, no se logró la comparecencia de la indicada sociedad, razón por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le designó curadora *ad litem* el 24 de julio de 2003, y esta coadyuvó la demanda interpuesta en el proceso N° 1999-00175, como anteriormente se anotó (fl. 167, c.1).

2.5. Mediante auto del 16 de octubre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las pruebas solicitadas en los procesos acumulados 1999-00149, 1999-00153, 199900158, 199900175 y 1999-00536 (fls. 183 al 187, c.1). Posteriormente, el 9 de febrero de 2007, se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 267).

2.6. En esa oportunidad procesal, el departamento del Cesar señaló que Ferrovías había infringido el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en cuanto disponía que en el marco de la actividad contractual, los servidores públicos debían obrar tomando en consideración los fines del Estado y la eficiente prestación de los servicios públicos. Agregó que se habían desconocido las normas que prohibían eludir los procedimientos de selección y aquellas que obligaban a las entidades estatales a adoptar medidas que garantizaran la solución pronta de las controversias que surgieran en la etapa de adjudicación del contrato (fls. 268 al 270, c.1).

2.7. Las empresas demandantes Dragados y Construcciones S.A., Fomento y Construcciones de Contratas S.A. y Rail India Technical & Economic Services Rail Ltd., a través de un mismo apoderado judicial, señalaron que fue indebida la adjudicación del contrato, hecha por Ferrovías mediante Resolución N° 0052 de 1998, puesto que para ese momento ya se conocía el impedimento del departamento del Cesar para participar en la constitución de la sociedad adjudicataria. Agregó que con ese acto administrativo, la entidad demandada desconoció las instrucciones que ella misma había impartido en el pliego de condiciones.

Afirmó que, aun cuando la Asamblea Departamental emitió la Ordenanza N° 043 del 31 de diciembre de 1997 para ratificar la autorización otorgada al gobernador, el acto administrativo nunca fue publicado ni produjo efecto jurídico alguno, razón por la cual el departamento del Cesar no contó en ningún momento con habilitación legal para celebrar el contrato de sociedad.

Por último, sostuvo que Ferrovías había obrado con desviación de poder al no permitirles a los demás miembros de Fepaz S.A. la constitución de esa empresa sin la participación de la entidad territorial (fls. 313 al 331, c.1).

2.8. A su turno, las demandantes CB Transportes S.A., TMG Overseas S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta y Petrocolombia S.A., a través de un mismo apoderado judicial, reiteraron lo expuesto en la demanda y refirieron los cálculos que acreditaban, en su sentir, el monto de las utilidades dejadas de percibir por no haberseles adjudicado la concesión objeto de la Licitación N° 001 de 1997. En sustento de este aspecto, allegaron al proceso una prueba pericial practicada en otra actuación incoada por esas mismas personas jurídicas, en la cual demandaron la nulidad de la Resolución N° 0052 de 1998.

Solicitaron tener como indicio en contra de Ferrovías el hecho de que no hubiera contestado la demanda e insistieron en los cargos de nulidad formulados contra las resoluciones demandadas, particularmente en la alegada infracción al pliego de condiciones (fls. 332 al 385, c.1).

2.9. La compañía Seguros Confianza S.A. se ratificó en los alegatos de conclusión que había presentado antes de la acumulación del proceso N° 1999-00148 y en los cuales, a su vez, expuso los mismos argumentos de la demanda, como anteriormente se indicó (fls. 311 y 312, c.1).

2.10. Por su parte, la entidad demandada Ferrovías –para entonces en liquidación– manifestó que si bien durante la audiencia de adjudicación del contrato la proponente Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. presentó observaciones sobre la supuesta situación irregular del departamento del Cesar, lo cierto era que tales planteamientos no se demostraron en ese momento, puesto que aún estaba vigente la Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997, mediante la cual la Asamblea Departamental del Cesar autorizó al gobernador para celebrar contratos como los que son materia de controversia.

Reiteró que, de tomarse como válida la alegada revocatoria de las facultades conferidas, esta solo se dio cuando el acto administrativo que las previó había producido todos sus efectos jurídicos, y que al revocarse el poder otorgado por el gobernador del Cesar al representante de Fepaz S.A. para constituir la sociedad prometida, el departamento pretendió modificar su propuesta en una forma que no se ajustaba a la ley.

Insistió en que la adjudicación del negocio jurídico tuvo fundamentos jurídicos y técnicos puesto que en su momento la propuesta de Fepaz S.A. satisfacía los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, mientras que la resolución que declaró el incumplimiento de la adjudicataria obedeció a que la sociedad prometida no se constituyó.

En cuanto a la demanda presentada por las empresas que habrían de integrar la sociedad prometida Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., manifestó que esta proponente no demostró el derecho que alegó, de ser adjudicataria de la concesión. Manifestó que de conformidad con el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, la adjudicación del contrato al oferente calificado en el segundo lugar –prevista para cuando el primer adjudicatario no suscribe el contrato– es una opción potestativa para la entidad estatal, pero no es obligatoria, de suerte que en el presente caso no resultaban de recibo las afirmaciones que en ese sentido esbozó la mencionada parte demandante (fls. 271 al 308, c.1).

2.11. Los demás sujetos procesales y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **3. La sentencia impugnada**

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 10 de junio de 2009 (folios 461 al 478, cuaderno de segunda instancia), oportunidad en la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda.

El *a quo* consideró que, al presentar la propuesta en la Licitación Pública N° 001 de 1997, los miembros de Fepaz S.A. se obligaban de manera solidaria e ilimitada, de suerte que el incumplimiento de uno de sus promitentes socios impedía la constitución de la concesionaria y, en esa medida, afectaba a los demás integrantes de la futura empresa, en virtud del fenómeno de la solidaridad.

Señaló que los miembros de Fepaz S.A. debieron llegar a un acuerdo para poder suscribir el contrato de concesión con Ferrovías y que, en todo caso, el retiro del departamento del Cesar no eximía a los demás integrantes de la empresa adjudicataria de sus responsabilidades, en particular porque la indicada dimisión no podía producir efecto jurídico alguno, merced a que no perdió su vigencia la Ordenanza N° 043 de 1997, por la cual se le confirieron facultades al gobernador para participar en la aludida contratación.

En este punto, el Tribunal también concluyó que las comunicaciones escritas dirigidas por el gobernador del Cesar a Ferrovías no eximían al departamento de las obligaciones que había asumido en la licitación, incluidas la constitución de la sociedad adjudicataria y la celebración del contrato de concesión.

Según el razonamiento del juez de primer grado, aunque por regla general el acto de adjudicación del contrato era irrevocable, ello no implicaba que la entidad estatal no pudiera declarar el incumplimiento del proponente ni le impedía dejar sin efectos la adjudicación, cuando la decisión estaba plenamente sustentada en el hecho de que los proponentes seleccionados no concurrieron a constituir en legal forma la sociedad concesionaria.

En lo atinente a la vocación del segundo proponente para ser adjudicatario de la licitación, el Tribunal señaló que si bien la oferta de la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. cumplía con los requerimientos técnicos establecidos en el pliego de condiciones, lo cierto era que en el componente económico la propuesta no le resultaba favorable a Ferrovías, toda vez que allí se le exigía al Estado un aporte en dinero y no se le ofrecía pago alguno a la entidad pública concedente, a diferencia de lo acontecido con la oferta de Fepaz S.A., en la cual no

se le solicitaba al Estado aporte económico alguno, mientras que sí se le ofrecía el pago de US\$49.718 como valor de la contraprestación.

#### **4. Los recursos de apelación**

4.1. El departamento del Cesar –demandante en el proceso N° 1999-00149-recurrió la sentencia de primera instancia y reprochó que el Tribunal no hubiera tomado en cuenta las pruebas aportadas por esa entidad para demostrar que nunca estuvo legalmente facultada para constituir la sociedad adjudicataria de la concesión ni para celebrar el respectivo contrato estatal. Al respecto, manifestó que el gobernador no contó con la debida autorización de la Asamblea Departamental para participar en los indicados negocios jurídicos, en los términos previstos en los artículos 300 de la Constitución Política y 25.11 de la Ley 80 de 1993, y que Ferrovías no debió adjudicar a Fepaz S.A. el contrato objeto de la Licitación Pública N° 001 de 1997, dado que estaba previamente advertida sobre dicha irregularidad (fls. 491 al 493, c. de segunda instancia).

4.2. La compañía Seguros Confianza S.A. –demandante en el proceso N° 1999-00148- también interpuso recurso de apelación contra el fallo mencionado y recalcó que había sido ilegal la adjudicación del contrato de concesión a la futura sociedad Fepaz S.A., puesto que Ferrovías tenía conocimiento previo del impedimento que tuvo el departamento del Cesar para participar como miembro de la empresa concesionaria, hecho que, según su dicho, le fue comunicado a la entidad estatal contratante en comunicación del 19 de enero de 1998.

Insistió en que Ferrovías había agravado el riesgo asegurado con la garantía de seriedad de la oferta, al designar como adjudicatario a Fepaz S.A. a sabiendas de que esa sociedad no podría constituirse, dada la falta de autorización legal del gobernador del Cesar para participar debidamente en la licitación y en el contrato.

Manifestó que aun cuando en el fallo apelado se hubiera subrayado que los miembros de Fepaz S.A. debieron *“llegar a un acuerdo”* para suscribir el contrato de concesión, lo cierto era que en el proceso obraron pruebas de las gestiones adelantadas por tales proponentes para poder celebrar el acuerdo de voluntades, llegando incluso a solicitarle a Ferrovías que le permitiera a Fepaz S.A. fungir como concesionaria sin la participación del departamento del Cesar.

Solicitó que se analizara en segunda instancia si era procedente inducir a todos los proponentes al incumplimiento de sus propias obligaciones cuando estaban en expresa disposición de satisfacerlas, y si le era dable o no a la autoridad demandada aceptar la nueva condición del proponente que se allanaba a cumplir, atribuyendo responsabilidades únicamente a la parte que deshonró sus compromisos contractuales.

Sostuvo que el juez de primer grado no había analizado la existencia de una justa causa para que los miembros de Fepaz S.A. no celebraran el contrato de sociedad, análisis que, en su sentir, habría dado lugar a inaplicar *“la causal de inhabilidad prevista en la Ley 80 de 1993”* (fls. 496 al 500, c. de segunda instancia).

4.3. Por su parte, las sociedades Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Rail India Technical & Economic Services –Rites Ltd.-, como demandantes en el proceso N° 1999-00158, impugnaron la sentencia de primera instancia y reprocharon que Ferrovías le hubiera adjudicado a la empresa futura Fepaz S.A. el contrato de concesión, pese a conocer de antemano que la sociedad adjudicataria no podría constituirse debido al impedimento manifestado por el departamento del Cesar y expuesto por las partes durante la audiencia de adjudicación.

Señalaron que en la sentencia apelada no se había analizado la totalidad de los cargos formulados por todos los demandantes, puesto que no hubo pronunciamiento sobre la desviación de poder y la *“falsa motivación”* que, según su dicho, había alegado en la demanda, recalcando que al adjudicar el contrato y al expedir, posteriormente, los actos acusados, Ferrovías no había obrado con el objeto de satisfacer los fines del Estado ni el interés general. Agregaron que en el fallo también debió analizarse la circunstancia de que el ente demandado hubiera ordenado hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta contra todos los integrantes de la proponente adjudicataria, cuando solo uno de ellos fue el que incumplió sus obligaciones, mientras que los demás adelantaron gestiones para constituir la sociedad prometida y celebrar el contrato de concesión.

Manifestaron, adicionalmente, que la sentencia impugnada no había tenido en cuenta los argumentos de los demás demandantes, especialmente, los que refirieron que durante toda la licitación, la postura de Ferrovías fue la de aceptar tácitamente que la concesión pudiera adelantarse sin la participación del Cesar, para luego modificar ese criterio y declarar el supuesto incumplimiento de Fepaz

S.A., sociedad prometida que, sin embargo, fue favorecida en el proceso de selección cuando era palmario que el departamento del Cesar no intervendría en su conformación.

La parte apelante señaló que no era cierto lo planteado por el Tribunal de primera instancia, en cuanto a que todos los proponentes de Fepaz S.A. estaban solidariamente obligados a cumplir los compromisos que asumieron al presentar la oferta, de suerte que el incumplimiento de uno de ellos afectaba jurídicamente a los demás. Así, manifestó su desacuerdo con esta conclusión, exponiendo que la misma aplicaba para los proponentes que concurrieran como consorcio o como unión temporal pero no para quienes participaran respaldados en una promesa de constitución de sociedad. En ese sentido, refirió que en el fallo apelado se había dado una aplicación incorrecta al artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

Argumentó que en el fallo impugnado no se debió concluir que Ferrovías no estaba obligada a tener en cuenta las comunicaciones enviadas por el departamento del Cesar exponiendo su carencia de facultad legal para participar en la licitación y en el contrato de concesión, puesto que, por el contrario, la Administración debió adoptar medidas frente a lo que se le estaba exponiendo en esos oficios y, en tal virtud, rechazar la propuesta de Fepaz S.A., en observancia de los principios de economía, buena fe, responsabilidad y selección objetiva en la contratación estatal.

Por último, insistió en que Ferrovías no había obrado con el fin de dar cumplimiento a los fines estatales mientras que sí desatendió e infringió los principios de la función administrativa (fls. 541 al 559, c. de segunda instancia).

4.4. Finalmente, apelaron el fallo de primer grado las empresas Petrocolombia S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A., TMG Overseas S.A. –como cesionaria de los derechos litigiosos de Transportación Marítima Grancolombiana S.A.- y CB Transportes S.A. –en nombre propio y como cesionaria de los derechos litigiosos de CB Inversiones S.A.-, todas estas demandantes en el proceso radicado con el N° 1999-00536.

Manifestaron que la sentencia impugnada carecía de un análisis detenido de las pruebas aportadas al proceso, especialmente las que demostraban la nulidad de los actos acusados por haberse omitido en estos la adjudicación sustitutiva del contrato de concesión a la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., la cual

fungió como proponente calificada en el segundo lugar en la Licitación Pública N° 001 de 1997.

La parte actora reiteró los cargos de nulidad formulados en la demanda – relativos a la “*violación de normas superiores*” y a la obligatoriedad de los pliegos de condiciones- e insistieron en que la propuesta de Ferrocarril Colombiano del Atlántico también le resultaba favorable a Ferrovías, por lo cual no existía mérito alguno para que no se le adjudicara el contrato de concesión, especialmente, porque el hecho de que el precio ofrecido configurara un factor de desempate, no afectaba el carácter favorable de la propuesta vencida.

Por otro lado, reprodujo la estimación de los perjuicios realizada en la demanda.

4.5. Los demás demandantes, esto es, quienes incoaron los procesos con radicaciones 1999-00158 y 1999-00175, guardaron silencio durante el término para apelar la sentencia de primera instancia.

## **5. Trámite en segunda instancia**

5.1 Los recursos de apelación fueron concedidos el 5 de julio de 2009 y admitidos el 10 de diciembre siguiente (fls. 486 y 572, c. de segunda instancia). Asimismo, mediante auto del 11 de febrero de 2010 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión (folio 574).

5.2. La compañía de seguros Confianza S.A. reiteró íntegramente lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación (folios 595 al 604, c. de segunda instancia).

5.3. Igualmente, las sociedades Petrocolombia S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A., TMG Overseas S.A. y CB Transportes S.A. se ratificaron en los planteamientos esbozados en la demanda, en los alegatos de conclusión de primera instancia y en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado (fls. 605 al 742, c. de segunda instancia).

5.4. Por su parte, la Nación – Ministerio de Transporte –legalmente llamada a suceder en el proceso a la extinta empresa Ferrovías, como más adelante se verá- solicitó que se confirmara el fallo apelado, por evidenciarse que los miembros de Fepaz S.A. incumplieron la obligación de constituir la sociedad concesionaria y que no podían quedar exentos de ese deber por el hecho de que el departamento del Cesar hubiera desistido de participar en ese negocio jurídico (fls. 743 al 745).

5.5. Los demás sujetos procesales y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **II.- CONSIDERACIONES**

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, toda vez que las demandas aquí acumuladas se interpusieron en el mes de noviembre de 1998, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

### **1. Presupuestos procesales**

#### **1.1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 10 de junio de 2009, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la solicitud de declaratoria de nulidad de las Resoluciones 0052, 0378, 0395, 0401 y 0739 de 1998, expedidas por la hoy extinta empresa industrial y comercial del Estado Ferrovías, en desarrollo y con ocasión de la Licitación Pública N° 001 de 1997.

Asimismo, el proceso ostenta vocación de doble instancia puesto que aun la menor de todas las cuantías fijadas en los procesos acumulados es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$101'913.000<sup>5</sup>) establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. En efecto, la cuantía más baja fue la estimada por el departamento del Cesar, que la tasó en \$750'000.000 como monto correspondiente al porcentaje de participación de esa entidad en el pago de la garantía de seriedad de la oferta presentada en la Licitación Pública N° 001 de 1997.

---

<sup>5</sup> El salario mínimo legal mensual que rigió en el año 1998 era de \$203.826, por disposición del Decreto 3106 de 1997.

## 1.2. Legitimación en la causa

1.2.1. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que el departamento del Cesar y las sociedades apelantes Dragados y Construcciones S.A., Rail India Technical & Economic Services – Ride Ltd. y Fomento de Construcciones y Contratas S.A. ostentan vocación procesal para integrar el extremo demandante, por cuanto fungieron como miembros promitentes de la sociedad futura Fepaz S.A., la cual fue adjudicataria del contrato objeto de la Licitación Pública N° 001 de 1997, en virtud de una decisión que posteriormente fue revocada mediante las Resoluciones 0378, 0395, 0401 y 0739 de 1998, por las cuales se declaró el incumplimiento de las obligaciones que había asumido tal oferente en ese proceso de selección (cuaderno N° 32).

Lo propio acontece con las empresas Consultores del Desarrollo S.A., Sotecni SPA, Fenit Servizi SPA y Emcarbón S.A., las cuales también celebraron el contrato de promesa de constitución de Ferrocarriles de la Paz - Fepaz S.A. e intervinieron como demandantes en el presente asunto –aunque no apelaron el fallo de primera instancia-.

1.2.2. Igualmente está legitimada en la causa por activa la sociedad de seguros Confianza S.A. –también demandante y apelante en esta causa judicial-, por haber sido la aseguradora ante la cual se constituyó la póliza que garantizaba la seriedad de la oferta de Fepaz S.A. en la Licitación Pública N° 001 de 1997, garantía que se hizo efectiva mediante los actos administrativos acusados (fls. 122 al 129, cuaderno N° 25).

1.2.3. Por su parte, las apelantes Gas, Petróleo y Derivados de Colombia – Petrocolombia S.A., CB Transportes S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A. y Transportación Marítima Grancolombiana S.A. –que cedió los derechos litigiosos correspondientes a este proceso a favor de la firma TMG Overseas S.A.- también se encuentran legitimadas en la causa por activa, puesto que integraron la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., la cual participó como oferente en la Licitación Pública N° 001 de 1997 (según lo señalado por Ferrovías en la Resolución N° 0378 de 1998<sup>6</sup>) y cuyos miembros alegan en este proceso,

---

<sup>6</sup> Fl. 2, c.22.

haber tenido el derecho a que se les adjudicara de manera “*sustitutiva*” el respectivo contrato de concesión.

En este punto, advierte la Sala que en el presente proceso se representaron judicialmente los intereses de todas las empresas integrantes de la prometida sociedad anónima Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., esto es, las firmas CB Transportes S.A., CB Inversiones Colombia S.A., Transportación Marítima S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta, Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario STF S.A. y Petrocolombia S.A. La sociedad Norberto Odebrecht S.A., que también integró la mencionada asociación oferente, cedió sus derechos litigiosos a la compañía CB Inversiones Colombia S.A., la cual intervino en este juicio en nombre propio y como cesionaria de tales derechos (fls. 563 al 565, c.22).

Ahora bien, como en precedencia se refirió, el 4 de noviembre de 1999 se aceptó la cesión de los derechos litigiosos de la Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario STF S.A. a favor de las empresas CB Transportes S.A., CB Inversiones Colombia S.A., Transportación Marítima Grancolombiana S.A., Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A. y Gas, Petróleo y Derivados de Colombia - Petrocolombia S.A.- (fls. 242 y 243, c.6).

Asimismo, el 9 de marzo de 2000, se aceptó la cesión de los derechos litigiosos de la firma Transportación Marítima Grancolombiana S.A. a favor de la compañía TMG Overseas S.A. (fls. 256 y 257, c.6) y, por último, el 30 de julio de 2002, se aceptó la cesión de los derechos litigiosos de CB Inversiones Colombia S.A. a favor de CB Transportes S.A. (fls. 137 al 138, c.1).

1.2.4. Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, la Sala advierte que la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías (hoy suprimida) cumplió con ese presupuesto procesal, dada su condición de entidad pública que expidió los actos administrativos enjuiciados.

Ahora bien, en la presente instancia del juicio, la representación de los intereses de la extinta Ferrovías es ejercida por la Nación–Ministerio de Transporte- en virtud de lo dispuesto en el Decreto N° 1791 del 26 de junio de 2003, en el cual se ordenó la supresión de la indicada empresa y se dispuso que una vez culminada su

liquidación, el Ministerio de Transporte asumiría la totalidad de los procesos judiciales en que aquella interviniera como parte<sup>7</sup>.

La liquidación de Ferrovías culminó el 11 de marzo de 2009, según el acta final publicada en el diario oficial número 47329 del 23 de abril de ese año<sup>8</sup>, de suerte que a partir de esa fecha -11 de marzo de 2009-, la atención del proceso judicial debía ser ejercida por el Ministerio de Transporte, como parte demandada y en tanto sucesor procesal de la suprimida empresa.

Es de advertir que, habida la anterior circunstancia, se debe dar aplicación al artículo 60, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establece:

*... Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores del derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren...*

Por tanto, si bien mediante auto del 7 de abril de 2011 le fue reconocida personería al apoderado judicial de la Nación–Ministerio de Transporte-, resulta necesario reconocer a esta entidad como sucesora procesal de Ferrovías, lo cual será declarado por la Sala en la presente sentencia, a la luz del citado artículo 60, inciso 2 del CPC.

### **1.3. Cosa juzgada respecto de la Resolución N° 0052 de 1998**

De conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, la sentencia que niega la nulidad solicitada produce efectos de cosa juzgada *erga omnes*, pero solo en relación con la *causa pretendi* juzgada.

---

<sup>7</sup> Artículo 19 del Decreto 1791 del 26 de junio de 2003: “El Liquidador deberá continuar atendiendo dentro del proceso de liquidación los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término, hasta tanto se efectúe la entrega de inventarios al Ministerio de Transporte. Así mismo, deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Defensa Judicial de la Nación, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la entidad, como también, cuando ello sea procedente, deberá archivar los procesos y reclamaciones con sus respectivos soportes y en los términos señalados por las disposiciones legales vigentes.

*El Ministerio de Transporte asumirá, una vez culminada la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías en Liquidación, la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos”.*

<sup>8</sup> El contenido del acta final de liquidación de Ferrovías puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://jacevedo.imprenta.gov.co/tempDownloads/47D3291528899850328.pdf>. Visitado por última vez el 13 de junio de 2018.

En el presente caso, se tiene que el departamento del Cesar –demandante en el proceso N° 1999-00149, aquí acumulado- formuló como primera pretensión la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, mediante la cual Ferrovías le adjudicó a la sociedad prometida Fepaz S.A. el contrato correspondiente a la Licitación Pública N° 001 de 1997.

La legalidad del indicado acto administrativo ya fue objeto de examen judicial en sentencia del 30 de junio de 2016, proferida por la Sección Tercera, Subsección B de esta Corporación en el proceso número 1998-02425<sup>9</sup>, en el cual la parte demandante estuvo integrada por los miembros de la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.

Examinada la *causa pretendi* de la demanda correspondiente al proceso número 1998-02425, encuentra la Sala que dos de los seis cargos de nulidad formulados en ese libelo y que fueron resueltos en el fallo del 30 de junio de 2016, coinciden con los motivos de censura que en la presente causa planteó el departamento del Cesar contra la misma Resolución N° 0052 de 1998, examinada en la aludida sentencia.

En efecto, el fallo dictado el 30 de junio de 2016 resolvió, entre otros, los siguientes cargos de nulidad:

*II)... [L]os 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 (...).*

*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.*

Respecto del primer cargo de nulidad aquí referido, en la comentada sentencia se señaló que, contrario a lo afirmado por los allí demandantes, los departamentos del Cesar y Santander sí contaban con autorizaciones previas otorgadas por sus respectivas Asambleas Departamentales, actos que habilitaron en forma suficiente a los gobernadores tanto para participar en la Licitación Pública N° 001 de 1997 como para prometer la constitución de la sociedad adjudicataria y proceder a la subsiguiente contratación. Para el caso específico del Cesar, en la sentencia se afirmó que las facultades de su gobernador estaban contenidas en las Ordenanzas

---

<sup>9</sup> Número interno 34652. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

010 del 7 de mayo de 1997 y 043 del 19 de diciembre de ese año. Con fundamento en ello, se concluyó:

*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.*

En cuanto al cargo relativo a la supuesta ausencia de disponibilidad presupuestal del departamento del Cesar –reprochado también al departamento de Santander en la causa allí resuelta-, el sentenciador de cierre del proceso número 1998-02425 precisó que el requisito de la disponibilidad presupuestal para la apertura y desarrollo de la licitación solo era obligatorio para la entidad estatal contratante pero no para los proponentes y que, si bien las personas jurídicas de derecho público que eventualmente participaran como oferentes también debían constituir reservas presupuestales, estas les eran exigibles únicamente para la celebración y ejecución del contrato respectivo, pero no para el proceso previo de selección.

En tal virtud, la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 concluyó que no prosperaba ninguno de los indicados cargos de nulidad, como tampoco los restantes que fueron materia de controversia en el proceso N° 1998-02425, referido, pero no en este.

En el presente caso, el departamento del Cesar centró su reproche de ilegalidad contra la Resolución N° 0052 de 1998 en la circunstancia de haberse adjudicado el contrato objeto de la Licitación Pública N° 001 de 1997 a la sociedad futura Fepaz S.A., a sabiendas de que uno de sus miembros, esto es, el mismo departamento del Cesar, carecía de autorización expresa para participar en ese proceso de selección y celebrar los contratos que de este se derivaban, además de no contar con la disponibilidad presupuestal que, en su criterio, exigía la ley.

Señaló el departamento del Cesar en la formulación de los cargos de nulidad (fls. 15 al 17, c.1):

*Antes de adjudicar la licitación, FERROVIAS era consciente de las falencias que presentaba la propuesta de FEPAZ S.A., ante la falta de autorización por la Asamblea del Departamento (...) y de disponibilidad presupuestal, no solo porque así se le hizo ver por la otra proponente, sino por el Procurador General de la Nación. Si, no obstante ese conocimiento, adjudicó la Licitación a una entidad que, a ojos vista, estaba inhabilitada para contratar,*

*FERROVÍAS desconoció los postulados constitucionales según los cuales es un fin esencial del Estado asegurar la vigencia de un orden justo (...).*

*... [D]e conformidad con el ordinal (sic) 1 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, se encuentran inhabilitados para participar en licitaciones (...): 'a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes'. Es claro que si uno de los integrantes de la sociedad futura 'Ferrocarriles de la Paz S.A. FEPAZ S.A.' era el departamento del Cesar y este no reunía los requisitos para contratar, conforme con la Constitución, estaba inhabilitado para el efecto, y mal podía FERROVÍAS adjudicar el contrato a una sociedad futura proponente en tales condiciones (...).*

*... [S]i el gobernador del Cesar, al suscribir la promesa de constitución de la sociedad FEPAZ, carecía de esa autorización, FERROVÍAS no podía aceptar tal documento en la evaluación que hizo de la oferta, ni adjudicar la Licitación (...). Del mismo modo, si la participación del departamento del Cesar en la futura sociedad FEPAZ implicaba aportes en dinero, vale decir, gastos, y estos no estaban presupuestados (...), tampoco FERROVÍAS podía adjudicar un contrato a una sociedad futura, de la cual uno de sus integrantes mostraba la falencia anotada.*

Así las cosas, se advierte que los reproches formulados por el departamento del Cesar contra la Resolución N° 0052 de 1998, expedida por Ferrovías, ya fueron analizados y resueltos por la Sección Tercera – Subsección B de esta Corporación en sentencia del 30 de junio de 2016, la cual produjo efectos de cosa juzgada *erga omnes* sobre los mencionados cargos de nulidad, en los términos previstos en el artículo 175, inciso segundo del C.C.A., anteriormente citado.

Como consecuencia, esta Sala declarará de oficio la excepción de cosa juzgada, respecto de la pretensión de nulidad de la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, formulada por el departamento del Cesar.

#### **1.4. Caducidad de la acción**

En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, de conformidad con el artículo 87 del C.C.A. -modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, deben demandarse mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su notificación, comunicación o publicación.

En el presente asunto, la controversia planteada en las demandas objeto de acumulación se centra en la pretendida nulidad de la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998, sus Resoluciones aclaratorias 0395 del 3 de junio de 1998 y 00401 del 4 de junio de 1998 y la Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998, –que

confirmó las anteriores-. Mediante estos actos administrativos, Ferrovías declaró el incumplimiento de la propuesta formulada por la sociedad futura Ferrocarriles de la Paz – Fepaz S.A. en la Licitación Pública N° 001 de 1997, y ordenó hacer efectiva la respectiva garantía de seriedad de la oferta (fls. 1 al 41, c. 32).

La decisión de cierre de la vía gubernativa les fue notificada a las sociedades promitentes de Fepaz S.A. y a la compañía de seguros Confianza S.A. el 14 de octubre de 1998 (fl. 41, c. 32). Por consiguiente, al contabilizar a partir de esta fecha el término de caducidad, se concluye que estaba llamado a expirar el 27 de noviembre de 1998, vale decir, 30 días hábiles después, de conformidad con el artículo 87 del C.C.A., anteriormente referido. Dado que las demandas fueron interpuestas entre el 26 y el 27 de noviembre de 1998 (cuadernos 1 al 6), se concluye que la acción fue ejercida oportunamente en todos los procesos aquí acumulados.

Por otra parte, advierte la Sala que con respecto a la pretensión de nulidad de la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, formulada por el departamento del Cesar, no hay lugar a analizar la ocurrencia de la caducidad toda vez que sobre la misma operó el fenómeno de la cosa juzgada, como ya se anotó.

## **2. Hechos probados en la actuación**

Las pruebas documentales que obran en la presente causa fueron aportadas en varios ejemplares durante el curso de los procesos aquí acumulados, por Ferrovías y por los demandantes, en copia auténtica<sup>10</sup> y en copia simple, y su contenido no fue refutado ni desvirtuado por ninguno de los sujetos procesales, razón por la cual serán valorados en esta sentencia, en cuanto cumplen con los requisitos establecidos en la normativa procesal. Tales medios de convicción permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

### **2.1. La licitación y la evaluación técnica de las ofertas**

- La Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías abrió la Licitación Pública N° 001-97 con el objeto de celebrar un contrato de concesión para adelantar las actividades de *“rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Atlántica”*. En el pliego de condiciones –documento aportado al proceso en copia auténtica por la parte actora

---

<sup>10</sup> Tanto el oficio remisorio como la constancia de que se trata de copias auténticas tomadas de los documentos que reposan en Ferrovías, obran a folios 157 al 169 del cuaderno N° 32.

en el proceso N° 1999-00536 y en copia simple por los demás sujetos procesales-, la entidad señaló que la licitación se convocaba con fundamento en lo dispuesto en la Resolución N° 1664 del 26 de diciembre de 1996, y que se adelantaría de acuerdo con lo establecido en los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 30 de la Ley 105 de 1993 (fl. 185, c.22).

- De conformidad con el numeral 1.7.1 del pliego de condiciones, los proponentes podrían participar individualmente, como personas naturales o jurídicas, o bien, *“conformando una unión temporal o consorcio o cualquier otra clase de grupo o asociación”*, cuyos miembros también podrían ser personas naturales o jurídicas (fl. 186, reverso, c.22).

En tal virtud, al regular lo atinente a la responsabilidad de los proponentes, se indicó en el numeral 1.7.6 (fl. 190):

*Cada una de las sociedades integrantes del PROPONENTE, quedará obligada 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 (...).*

De igual manera, Ferrovías señaló que la obligación ilimitada y solidaria de los miembros de cada oferente se mantendría hasta tanto quedara formalizado el contrato de concesión y se hiciera entrega de su garantía única de cumplimiento.

- En el numeral 3.14.1 del pliego de condiciones, se relacionaron los documentos que debían acompañar la propuesta, entre estos, el compromiso expreso de asumir *“las responsabilidades emergentes”* de la licitación, en caso de que el proponente resultara seleccionado como adjudicatario. Tal compromiso debía ser suscrito por los representantes legales de todos los integrantes del oferente, debidamente autorizados si a ello había lugar (fl. 219, c. 22).

Asimismo, el numeral 3.14.1 señaló como documento obligatorio la promesa de sociedad o el acuerdo de conformación del consorcio, unión temporal o asociación, atendiendo a la modalidad bajo la cual se presentara el proponente (fl. 219).

- El pliego de condiciones también exigió la presentación de un plan de obras de rehabilitación de la red férrea objeto de la concesión, el cual debía incluir un cronograma de trabajo y memoria técnica, la descripción de los equipos requeridos para las labores correspondientes, un programa de conservación y las *“modificaciones u obras nuevas en el sistema de comunicaciones y en el de*

*señalamientos prevista a incorporar con sus especificaciones técnicas (...)" (fl. 219, c. 22), todo ello de conformidad con los numerales 2.3.1 y 3.14.1.*

- En el numeral 3.14 del pliego de condiciones, se precisó el contenido que debía tener cada una de las propuestas. Así, la información exigida para cada oferta se entregaría en dos sobres, denominados Sobre 1 y Sobre 2. El Sobre 1 debía incluir la carta de presentación de la propuesta, los compromisos anticorrupción y de responsabilidad solidaria asumidos por los miembros de cada oferente, la promesa de sociedad –o el documento consorcial o de la unión temporal, según el caso-, la garantía de seriedad de la oferta, la información de los asistentes técnicos constructivo y operativo que exigía el pliego, la acreditación de la existencia, representación legal y capacidad económica del proponente y, por último, el plan de obras de rehabilitación con todos los requisitos previstos en el pliego.

A su vez, el Sobre 2 debía contener el componente económico de cada oferta, en el cual se debía indicar el monto anual de aportes que el oferente le solicitara a Ferrovías para adelantar las obras de rehabilitación durante el primer quinquenio de la concesión, o bien, el monto de dinero en pesos que el oferente ofreciera por la concesión, igualmente para los primeros cinco años. Así, Ferrovías exigió la siguiente información (fl. 219, c.22):

*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 (...).*

*ii) El monto en 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. La fecha del desembolso será, en todo caso, el 30 de abril del año que se indique (...).*

*Los subnumerales i) y ii) son mutuamente excluyentes.*

- Al regular lo atinente a la evaluación de las propuestas, el pliego de condiciones señaló en el numeral 3.20.1 (fl. 221, reverso, c.22):

*La evaluación consistirá, en primer lugar, en comprobar que la información requerida haya sido presentada y esté completa, que la propuesta cumpla con los requisitos establecidos en este pliego y que no se encuentra inmersa en ninguna de las causales de rechazo (...)*

*El PLAN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN será evaluado teniendo en cuenta que su contenido se ajuste a lo requerido en los presentes pliegos y su adecuación a las especificaciones mínimas señaladas en el anexo pertinente. Como resultado de la evaluación de los aspectos referidos anteriormente, se*

*aceptarán o rechazarán las propuestas de los PROPONENTES correspondientes.*

- De acuerdo con lo señalado en el numeral 3.20.2, cuando las ofertas superaran la evaluación del Sobre 1, se pasaría a evaluar el Sobre 2, contenido del componente económico de cada propuesta, vale decir, el monto solicitado a Ferrovías como inversión para los primeros cinco años de la concesión, o bien, la suma ofrecida como inversión a cargo exclusivo del concesionario. Tal información sería evaluada con la fórmula de matemática financiera establecida en el pliego de condiciones, de tal manera que al aplicarse esta a las diferentes propuestas, se escogería la que arrojará el menor valor de inversión a cargo de Ferrovías. En efecto, allí se expresó (fl. 222, c.22):

*Las propuestas serán organizadas en orden de menor a mayor, según los montos totales de inversión incluidos en el proyecto a cargo de Ferrovías, traídos a valor presente (...). De entre todas las propuestas, aquella en la cual la aplicación de la fórmula dé como resultado el valor menor, será considerada ganadora de la licitación (...).*

- El numeral 3.16 del documento licitatorio, estableció (fl. 220, reverso, c.22):

*Si durante el término de evaluación de las propuestas hasta la fecha de ADJUDICACIÓN del contrato se evidencia que la información y las declaraciones presentadas por el PROPONENTE contienen elementos de carácter relevante inexactos, será rechazada la propuesta.*

*Se entenderá que una información o declaración es un elemento relevante para efectos de este numeral, cuando haya sido determinante en la adopción de las decisiones relacionadas con la ADJUDICACIÓN (...).*

*Si se evidenciare la presencia de informaciones, declaraciones o elementos inexactos con posterioridad a la ADJUDICACIÓN y/o suscripción del CONTRATO DE CONCESIÓN, se hará efectiva la garantía única (...) y será esta una causal suficiente para dar por terminado el CONTRATO DE CONCESIÓN por culpa del concesionario (...).*

- Entre las causales de rechazo de la propuesta –previstas en el numeral 3.23 del pliego de condiciones- se señaló la de la incursión del oferente en alguna causal de inhabilidad o de incompatibilidad, y la del incumplimiento de los requisitos establecidos en el proceso de selección (fl. 220, reverso, c.22).

Asimismo, se estableció que la licitación se declarararía desierta, entre otras causas, cuando ninguna de las propuestas cumpliera con lo exigido en el pliego de condiciones (fl. 221).

- Para el desarrollo del proceso de selección, se estableció en el pliego de condiciones que cada oferente estaría obligado a incluir en su propuesta una garantía de seriedad, constituida a favor de Ferrovías por la suma de US\$5'000.000 (fls. 220 y 221, c.22).

- En el numeral 3.15 del pliego de condiciones, la entidad advirtió que podría requerir a los proponentes para que hicieran aclaraciones formales, entendiéndose como tales aquellas que no implicaran *“modificar o complementar la propuesta ni alterar el principio de igualdad”* entre los oferentes. Agregó que, de manera especial se tendría por modificada o complementada la propuesta si las aclaraciones presentadas alteraban el plan de obras de rehabilitación incluido en la oferta inicial (fl. 220, c.22)

- La Licitación N° 001-97 comprendía la etapa de evaluación de las propuestas – numerales 3.20 y 3.21-, luego de la cual se otorgaría un término de cinco días hábiles para que los oferentes formularan sus observaciones, con la advertencia de que ese plazo no los habilitaría para modificar, mejorar, completar ni adicionar sus propuestas (fl. 222, c.22).

A la luz del numeral 3.24 del pliego de condiciones, la adjudicación del contrato se efectuaría mediante acto administrativo, dentro de los 15 días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar observaciones al informe de evaluación (fl. 223).

- En el numeral 3.26 del instrumento de la licitación, Ferrovías dispuso (fls. 220 y 221, c.22):

*La negativa u omisión del adjudicatario a suscribir el CONTRATO DE CONCESIÓN dentro del término previsto al efecto, habilitará al Presidente de FERROVÍAS para revocar la adjudicación inicial y contratar con el PROPONENTE siguiente en el orden de prelación. En este caso, se hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta del primer PROPONENTE, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios (...).*

*En el acto de revocatoria de la primera adjudicación se efectuará la adjudicación substitutiva al segundo PROPONENTE, quien deberá suscribir el CONTRATO DE CONCESIÓN respectivo dentro de un término máximo de quince (15) días contados a partir del día del vencimiento del término concedido al primer PROPONENTE para la suscripción del CONTRATO DE CONCESIÓN (...).*

- La Licitación Pública N° 001-97 tuvo dos adendos que modificaron lo referente a la venta de los pliegos de condiciones, la dirección de correspondencia de la entidad, el modo en que se desarrollaría la actividad ferroviaria concesionada y la tasa de descuento aplicada en la fórmula con la que serían evaluadas las propuestas económicas de los oferentes (fls. 185 al 201, c.23).
- De conformidad con el numeral 3.3 del pliego de condiciones, el cierre de la licitación tendría lugar el 16 de julio de 1997 (fl. 216, c. 22). Sin embargo, al exponer las consideraciones del acto administrativo de adjudicación – Resolución N° 0052 de 1998-, Ferrovías señaló que ese plazo fue prorrogado mediante las Resoluciones 0550, 0642 y 0833 de 1997, de manera que el cierre definitivo del proceso de selección tuvo lugar el 15 de octubre de 1997 (fl. 494, c.22).
- Según lo señalado por Ferrovías en la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 (fl. 2, c.22), en el proceso participó como oferente la asociación que luego conformaría la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., de acuerdo con lo pactado en la respectiva promesa de sociedad, aportada con la propuesta.
- En el proceso de selección también presentó propuesta la asociación conformada por los miembros de la sociedad futura “*Ferrocarriles de la Paz – Fepaz S.A.*”, la cual señaló en su carta de presentación que se organizaría como sociedad anónima en el evento de ser elegida como adjudicataria de la concesión (fl. 5, c.12).

Indicó la asociación oferente que, de resultar favorecida, se comprometía a suscribir “*el contrato correspondiente*”, otorgar las garantías establecidas en el pliego de condiciones, ejecutar la concesión y aceptar la supervisión técnica de Ferrovías.

De igual manera, se expresó en la carta introductoria de la propuesta que la asociación oferente y futura sociedad Fepaz S.A. estaba integrada por las siguientes personas jurídicas (fls. 7 y 8, c.12):

- . Departamento del Cesar
- . Departamento de Santander
- . Emcarbón S.A.
- . Maderas Santa Bárbara Ltda.
- . Transgranos Ltda.
- . Hy Tech Fodnass & Cía. S.C.S.
- . Dragados y Construcciones S.A.

- . Fomento de Construcciones y Contratas S.A.
- . Rail India Technical And Economic Services - Rites Ltd.
- . Sotecni S.P.A.
- . Grodco S.C.A.
- . Consultores del Desarrollo S.A.
- . Fenit Servizi S.P.A.

- Cada uno de los representantes legales de las sociedades y entidades mencionadas manifestó por escrito que asumía las responsabilidades derivadas del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación N° 001-97 (fls. 19 al 31, c.12). De igual manera, los representantes legales suscribieron el compromiso anticorrupción exigido por Ferrovías.

- La mencionada asociación oferente acompañó su propuesta con una *“promesa de constitución de sociedad concesionaria”*, de fecha 7 de octubre de 1997 (fls. 33 al 46, c.12). En la cláusula primera de tal negocio jurídico, las partes acordaron formar una asociación con el objeto de presentar una sola oferta conjunta en la Licitación Pública N° 001-97, constituir la sociedad concesionaria Fepaz S.A. si su oferta resultaba seleccionada y *“desarrollar todas las actividades que sean necesarias y que se deriven del contrato de concesión”* (fl. 37, c.12).

En la cláusula segunda del contrato de asociación y promesa de sociedad, se señaló que la futura compañía tendría un capital autorizado de US\$3'500.000 y se indicó el porcentaje de participación que tendría cada integrante. Así, de conformidad con el contrato, el departamento del Cesar tendría una participación del 10%, mientras que el departamento de Santander participaría en un 5% (fls. 37 y 38, c. 12). El porcentaje restante fue distribuido entre las empresas erigidas como promitentes socias, así:

<b>SOCIO PROMITENTE</b>	<b>PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN</b>
Emcarbón S.A.	30%
Maderas Santa Bárbara Ltda.	1%
Transgranos Ltda.	8%
Hy Tech Fodnass & Cía. S.C.S.	2%
Dragados y Construcciones S.A.	6.7%
Fomento de Construcciones y Contratas S.A.	6.7%

Rail India Technical And Economic Services - Rites Ltd.	5%
Fenit Servizi S.P.A.	5%
Sotecni S.P.A.	9%
Grodco S.C.A.	5%
Consultores del Desarrollo S.A.	6.6%

- De conformidad con la cláusula séptima de la indicada promesa, la sociedad futura contaría con una asamblea general de accionistas, una junta directiva y un gerente. En el documento se enunciaron los aspectos cuya decisión le correspondería a cada uno los órganos colectivos y se subrayó que las funciones del gerente serían las establecidas por la asamblea (fls. 40 y 41, c.12).
- Según lo previsto en la cláusula décima, el contrato de asociación y promesa de sociedad expiraría, entre otras causales (fl. 43):

*En el caso de que la Licitación se anule o no se adjudique la misma a la Asociación, cuando se hayan cancelado todos los derechos y obligaciones entre las Partes en relación con la Oferta de licitación.*

- El contrato incluyó una cláusula compromisoria que previó, en efecto, la solución de las eventuales controversias surgidas entre los mismos socios o entre alguno de estos y la sociedad concesionaria, ante un tribunal de arbitramento (fl. 43, c.12).
- El 13 de noviembre de 1997, Ferrovías le solicitó a la sociedad futura Fepaz S.A. que aclarara varios puntos de la oferta presentada, entre estos la carta de presentación y los compromisos firmados por los representantes legales, en cuanto no se expresó allí que los integrantes de la proponente asumían de manera solidaria e ilimitada todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades derivadas de la licitación. La entidad destacó que, si bien los oferentes manifestaron asumir responsabilidades, se requería la manifestación expresa de que reconocían el carácter solidario e ilimitado de tales obligaciones.

Igualmente, la entidad requirió a la proponente Fepaz S.A. para que corrigiera el contrato de promesa de sociedad por no reunir la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 110 del Código de Comercio, especialmente en cuanto no se refirieron los actos o las normas de las cuales derivaban su existencia los promitentes socios, no se identificó ni se mencionó al representante legal de la futura sociedad, se omitió

indicar el capital suscrito y pagado y se dejaron de indicar las fechas en que la compañía realizaría los inventarios y balances generales (fls. 220 y 221, c. 19).

- El 21 de noviembre de 1997, los integrantes de la indicada asociación celebraron un nuevo contrato de promesa de sociedad, en virtud del cual se obligaron a constituir, en efecto, la sociedad anónima Fepaz S.A. Las partes reiteraron que el objeto social de la prometida compañía sería el “*cumplimiento del contrato de concesión*” que habría de celebrar con Ferrovías para la financiación, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura de transporte férreo de la Red Atlántica (fls. 149 al 165, c. 28 y 185 al 199, c.32).

Las partes refirieron en el contrato lo relativo a la negociación de las acciones, los órganos de administración y control, la representación legal de la sociedad, la revisoría fiscal, la disolución y liquidación de la compañía, la elaboración y reporte de los estados financieros, las reservas de la sociedad y los mecanismos de solución de eventuales conflictos.

Indicaron que el capital autorizado de la sociedad sería de US\$3'500.000, calculados con base en la Tasa Representativa del Mercado del 26 de diciembre de 1996, capital que se dividiría en 350.000 acciones con un valor nominal individual de US\$10.

En la cláusula vigésima tercera del contrato se señaló que, de tal capital autorizado, se encontraba suscrito y pagado por los futuros accionistas un total de US\$1'750.000, de los cuales el 10% le correspondió al departamento del Cesar, entidad que, por consiguiente, suscribió y pagó 17.500 acciones por un valor total de US\$175.000 (fl. 159, c.28).

En nombre del departamento del Cesar firmó la promesa el entonces gobernador Mauricio Pimiento Barrera.

- El 27 de noviembre de 1997, la proponente Fepaz S.A. presentó ante Ferrovías las aclaraciones solicitadas y entregó el nuevo contrato de promesa de sociedad, así como el compromiso expreso de cada uno de los promitentes socios –a través de sus representantes legales- de asumir las obligaciones derivadas de la licitación, en forma solidaria e ilimitada (fls. 8 al 228, c. 22).

- El 26 de diciembre de 1997 el consorcio Socimer Ineco presentó ante Ferrovías la evaluación técnica de las propuestas presentadas en la Licitación 001 de 1997 (fls. 230 al 378, c.22).

El evaluador concluyó que las dos ofertas –con sus respectivas aclaraciones- eran válidas y se ajustaban a lo exigido en el pliego de condiciones y en la Ley 80 de 1993, incluso en la conformación, composición y capacidad de ambos oferentes, aspectos estos que no fueron objeto de reparo alguno en el informe de evaluación; por el contrario, el consorcio concluyó que las personas jurídicas participantes habían acreditado en legal forma su existencia, capacidad y representación legal. Frente al departamento del Cesar, indicó que su gobernador se encontraba debidamente autorizado por la Asamblea Departamental, por cuanto esta le confirió facultades para celebrar convenios y contratos, mediante la Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997 (fl. 346, c.22).

En lo atinente al plan de obras de rehabilitación que debía contener cada propuesta, se reiteró en el informe que dicho plan comprendía, según el pliego de condiciones, el cronograma estimado de trabajos y memoria técnica, la descripción de los equipos que se utilizarían en la actividad de rehabilitación, la *“modificación u obras nuevas en el sistema de comunicaciones y en el de señalamientos prevista a incorporar”* y un programa de conservación de la infraestructura. Tanto en referencia a la oferta de Fepaz S.A. como en la de Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., se señaló que la evaluación de los requisitos mencionados se había hecho en dos documentos anexos, a saber, los Apéndices A y B del pliego de condiciones (fls. 402 y 464, c.22). Sin embargo, tales apéndices no fueron aportados a este proceso.

Con respecto al componente económico de las propuestas, el consorcio evaluador precisó que la oferta de Fepaz S.A. no requería suma alguna de aporte por parte de Ferrovías, mientras que la oferta de la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico requería de la entidad contratante un aporte de US\$80'823.685.

Con fundamento en todo lo anterior, manifestó (fl. 378, c.22):

*Se concluye, conforme a lo previsto en el inciso final del numeral 3.20.2 del pliego de condiciones:*

*I. Que la propuesta presentada por la Asociación Futura (sic) FERROCARRIL DE LA PAZ (sic) S.A. obtiene el primer lugar de elegibilidad dentro de la licitación pública N° 001-97 convocada por FERROVÍAS.*

*II. Que la propuesta presentada por la Sociedad Futura FERROCARRIL COLOMBIANO DEL ATLÁNTICO S.A. obtiene el segundo lugar de elegibilidad dentro de la licitación pública N° 001-97 convocada por FERROVÍAS.*

- No obran en el proceso las observaciones de los proponentes sobre el informe de evaluación presentado por el consorcio Socimer – Ineco, a excepción de las intervenciones hechas en la audiencia de adjudicación, la cual será referida por la Sala, más adelante.

## **2.2. Actuaciones del departamento del Cesar y de los organismos de control, antes de la adjudicación**

- El 7 de mayo de 1997, la Asamblea del Cesar expidió la Ordenanza N° 010, en la cual dispuso (fl. 244, c.15):

*ARTÍCULO PRIMERO: Facúltase al señor Gobernador del Departamento del Cesar, por el resto de la actual vigencia fiscal (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 beneficio para el departamento del Cesar.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Facúltase al señor Gobernador del departamento del Cesar para efectuar las operaciones presupuestales que se requieran para el cumplimiento de los objetivos propuestos en la presente Ordenanza (...).*

La Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997 fue sancionada por el entonces gobernador del Cesar Mauricio Pimiento Barrera, el 15 de mayo siguiente (fls. 247 y 248, c.15).

- Como se anotó, en octubre de 1997 el departamento del Cesar hizo parte de la asociación que presentó propuesta en la Licitación N° 001 de 1997, con el compromiso de constituir la sociedad Fepaz S.A. en caso de resultar seleccionada dicha oferente. El convenio de asociación—que también incluyó la promesa de sociedad que luego fue corregida por solicitud de la entidad estatal- y los demás documentos necesarios para participar en el proceso, que requerían la firma del representante legal de la entidad, fueron suscritos en el mes de octubre de 1997 por el señor Mauricio Pimiento Barrera, en su calidad de gobernador del Cesar (cuaderno 12).
- El 19 de diciembre de 1997, la Asamblea Departamental del Cesar emitió la Ordenanza N° 043, mediante la cual autorizó al gobernador para “conformar la

*sociedad que asumirá frente a FERROVÍAS las obligaciones que de ella se deriven*”, sin expresar la fuente de tales obligaciones. De igual manera, le otorgó al representante legal del departamento facultades para definir la participación accionaria que la entidad tendría en la compañía y para realizar las apropiaciones presupuestales y demás gestiones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la sociedad a la cual pertenecería el departamento de acuerdo con la indicada autorización (fl. 126, c.19).

La Secretaría General de la Gobernación del Cesar certificó que si bien la Ordenanza N° 043 del 19 de diciembre de 1997 fue sancionada por el gobernador del departamento el 31 de diciembre de ese año, el acto administrativo no fue publicado en la respectiva gaceta oficial como lo establecían los artículos 82 y 83 del Decreto - ley 1222 de 1986 (fl. 27, c.31).

- El 1 de enero de 1998, el ciudadano Lucas Gnecco Gerchar se posesionó como gobernador del Cesar, en reemplazo del señor Mauricio Pimiento Barrera (fl. 30, c. 31).

- En comunicación de fecha 8 de enero de 1998, el nuevo jefe de la administración departamental le indicó al presidente de Ferrovías que su antecesor había suscrito el contrato de promesa de sociedad sin contar con autorización expresa de la Asamblea del Cesar y sin haber garantizado la correspondiente disponibilidad presupuestal (fls. 20 al 24, c.31).

Reprochó que el anterior gobernador hubiera suscrito y pagado en nombre del departamento un aporte inicial de capital por la suma de US\$175.000, comprometiéndolo –según su dicho- a la entidad territorial a completar el capital restante durante 1998 hasta alcanzar el total de US\$350.000, *“sin contar para lo anterior con la apropiación y disponibilidad presupuestal exigidas por la Constitución y la ley”* (fl. 22, c. 31).

Afirmó que el Cesar no contaba con recursos suficientes para atender las obligaciones derivadas del contrato de promesa de sociedad y recalcó que, de conformidad con el artículo 300, numeral 7 de la Constitución Política, la participación del departamento en la conformación de sociedades de economía mixta requería la autorización expresa de la respectiva asamblea.

Con respecto a la Ordenanza N° 043 del 19 de diciembre de 1997, el nuevo gobernador manifestó (fl. 23, c. 31):

*En forma extemporánea y sorpresiva, en los últimos días de su mandato (últimos días de diciembre de 1997), el anterior gobernador del Departamento del Cesar tramitó irregularmente un proyecto de ordenanza de facultades no precisas ni protémpore ni con demás requisitos exigidos para el efecto de la Ley, el cual fue sancionado el último día de su período constitucional (31 de diciembre de 1997) pero el cual no ha sido publicado ni se procederá a su publicación, no produciendo por tanto ningún efecto jurídico de conformidad con lo establecido en las normas del Código de Régimen Departamental (...).*

Con fundamento en lo anterior, señaló que “no avalaría” ninguno de los documentos firmados por su antecesor, relativos a la participación del departamento del Cesar en la Licitación N° 001 de 1997, al tiempo que disponía “declarar la no existencia” de compromiso alguno de la entidad territorial para con los socios promitentes de Fepaz S.A. ni para con Ferrovías (fl. 24, c. 31).

- El gobernador acompañó su misiva con una constancia expedida el 25 de noviembre de 1997 por el director de presupuesto del departamento del Cesar, quien indicó que mediante Ordenanza N° 029 de 1997 se había aprobado el presupuesto de la vigencia fiscal 1998 e incluido en este una partida para el Fondo de Capitalización Empresarial del Cesar por la suma de \$228'988.250, de la cual se podía comprometer un monto de \$175'439.250 “para participar en la concesión de la infraestructura de transporte férreo (...) a través de la sociedad Ferrocarriles de Paz (...)” (fl. 26, c. 31).

Sin embargo, el mandatario departamental también presentó una certificación expedida el 8 de enero de 1998, en la cual el secretario de hacienda del Cesar señaló que la partida o rubro destinado al Fondo de Capitalización Empresarial del departamento –referido en la constancia calendada el 23 de noviembre de 1997- no constituía certificado de reserva presupuestal ni de disponibilidad presupuestal.

El funcionario de la cartera de hacienda agregó que para la fecha de la certificación -8 de enero de 1998-, no existía reserva alguna para la vigencia fiscal de 1998, que amparara el mencionado concepto (fl. 28, c. 31).

- Mediante Ordenanza N° 04 del 16 de enero de 1998, la Asamblea Departamental del Cesar derogó “en todas sus partes” la Ordenanza N° 043 de 1997 y dio por

terminadas las facultades que en dicho acto administrativo se le habían conferido al gobernador para constituir la sociedad Fepaz S.A. (fl. 31, c. 31).

- El 20 de enero de 1998, el gobernador del Cesar revocó, ante Ferrovías, el poder que en la anterior administración se le había conferido al señor Richard May Cabrera para que representara al departamento y a los demás miembros de la oferente Fepaz S.A., en el trámite de la Licitación Pública N° 001 de 1997 (fl. 36, c. 31). De igual manera, remitió ante Ferrovías el texto de la Ordenanza N° 04 del 16 de enero de 1998 (fl. 37).

- Ferrovías le envió al representante de la oferente Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. las comunicaciones y documentos presentados por el gobernador del Cesar. En respuesta, el representante de esa asociación proponente manifestó que la decisión adoptada por el departamento, de no asumir compromiso alguno frente a los miembros de Fepaz S.A. y frente a la licitación en curso, implicaba que la propuesta de Fepaz S.A. debía ser rechazada con fundamento en las causales establecidas en el numeral 3.23 del pliego de condiciones. De igual manera, indicó que radicaría una copia de esa respuesta ante la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación (fl. 42, c. 31). Ferrovías dio respuesta a las observaciones de Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. durante la audiencia pública de adjudicación del 27 de enero de 1998, como más adelante se señalará.

- Mediante Resolución N° 00232 del 19 de enero de 1998, el Contralor General de la República le ordenó a Ferrovías que efectuara en audiencia pública el acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 001 de 1997 (fl. 43, c. 32).

- El 21 de enero de 1998, el Procurador General de la Nación le solicitó al presidente de Ferrovías que adoptara medidas jurídicas frente a las posibles irregularidades que, según su dicho, se estaban presentando en torno a la participación de los departamentos de Cesar y Santander en la Licitación N° 001 de 1997. El Procurador sustentó su requerimiento con un informe de fecha 20 de enero de 1998, rendido por la señora Claudia Celina Rodríguez Torres en su condición de asesora de la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal. El informe se refería a la licitación mencionada y a las propuestas que allí se presentaron y fue rendido, según lo advirtió la funcionaria, con ocasión de la queja interpuesta por el representante de la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., participante en ese proceso (fls. 48 al 57, c. 31).

En el documento aludido se señaló, en efecto, que ninguno de los departamentos que pretendieron integrar Fepaz S.A. –Cesar y Santander- cumplió los requisitos exigidos en la Constitución Política y en el Decreto–ley 1222 de 1986 para participar en la Licitación Pública N° 001 de 1997, comprometer presupuestalmente a las entidades territoriales y constituir la “*sociedad de economía mixta*” prometida en el proceso de selección.

Subrayó que, ni el departamento del Cesar ni el de Santander acreditaron la “*prefactibilidad financiera*” requerida para la indicada contratación, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que el Estatuto Orgánico de Presupuesto señalaba que ninguna autoridad podía contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes o en exceso del saldo disponible, y que únicamente la autorización de la Asamblea Departamental para la conformación de sociedades en que participara el respectivo departamento habilitaba al gobernador para realizar las apropiaciones presupuestales pertinentes.

No existe prueba de que Ferrovías hubiera dado respuesta escrita a la petición presentada por el Procurador General de la Nación ni de que se hubiera pronunciado sobre el informe de la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa.

- La revocatoria de poder presentada por el gobernador del Cesar y las comunicaciones mediante las cuales dicho dignatario manifestó que el departamento no participaría en la licitación, también fueron puestas en conocimiento del representante designado de Fepaz S.A. quien, en misivas del 16 y el 22 de enero de 1998, manifestó que la intención expresada por el jefe de la administración departamental de no suscribir el contrato de sociedad no configuraba, en ese momento, incumplimiento de ninguno de los miembros de la proponente (fl. 130, c. 19).

Señaló que la mencionada terminación del mandato carecía de efectos, dado que no fue dispuesta por la totalidad de sujetos que lo confirieron, de conformidad con las reglas previstas en el Código de Comercio. En ese sentido, concluyó que la revocatoria no afectaba la validez de los actos ejecutados por el representante de Fepaz S.A. en ejercicio del poder otorgado por todos los integrantes de la oferente.

Subrayó, adicionalmente, que la propuesta presentada por Fepaz S.A. era irrevocable, razón por la cual no admitía ningún tipo de retractación (fls. 144 al 148, c.28).

### **2.3. La adjudicación**

- El 27 de enero de 1998, Ferrovías adelantó la audiencia pública de adjudicación del contrato objeto de la Licitación N° 001 de 1997, atendiendo de esta manera - según su propia manifestación- a la orden impartida por el Contralor General de la República (fls. 545 al 565, c. 22).
- Una vez instalada la audiencia, el jefe de planeación de la entidad dio lectura al proyecto de Resolución N° 0052 de 1998, instrumento en el cual se reseñaron las observaciones hechas por la oferente sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., al informe de evaluación de las propuestas.

Frente a los reparos expuestos por la indicada proponente en torno a la supuesta ilegalidad de la participación del departamento del Cesar –merced a la alegada inexistencia de autorización al gobernador para celebrar la contratación materia de controversia-, Ferrovías señaló que, de conformidad con los artículos 303 y 305 de la Constitución Política, así como el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, el gobernador era el representante legal del departamento, dirigía la acción administrativa de la entidad territorial, actuaba en su nombre, ordenaba la celebración de licitaciones y la escogencia de contratistas y ostentaba la competencia para celebrar contratos a nombre del departamento (fls. 444 y 445, c.22). Con fundamento en ello, concluyó que el gobernador del Cesar tenía competencia para obligar al departamento en lo relativo a la Licitación Pública N° 001 de 1997 y celebrar el contrato de promesa de la sociedad concesionaria.

En este punto, agregó:

*Cuestión distinta es que el funcionario competente –en 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 (...) 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 (...) (fl. 446, c.22).*

*En ese orden de ideas, y en cuanto corresponde a la evaluación de la oferta que se ha presentado, si –como se ha afirmado- la participación del*

*Departamento del Cesar a través de su representante legal, el Gobernador, goza de presunción de legalidad, la entidad licitante (FERROVÍAS) no podría –mientras tal presunción no sea desvirtuada ante los tribunales- desconocer los efectos que tal actuación produce, esto es, concurrir a presentar válidamente una oferta para la Licitación N° 001 de 1997 (fl. 448).*

Respaldándose en estas consideraciones, la entidad concluyó que los actos del gobernador del Cesar comprometían al departamento representado por él, y que la oferta presentada por Fepaz S.A. –de la cual hacía parte la entidad territorial- no debía ser objeto de tacha alguna.

En el proyecto de resolución de adjudicación, Ferrovías se pronunció, igualmente, frente a lo alegado por Ferrocarril Colombiano del Atlántico en cuanto a la pretendida inexistencia de autorización por parte de la Asamblea del Cesar, para la creación de sociedades de economía mixta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 300, numeral 7 de la Constitución Política.

Al respecto, la entidad manifestó que la prometida concesionaria Fepaz S.A. no tenía la naturaleza de una sociedad de economía mixta, puesto que la participación del departamento en esa compañía no superaría el 51% del capital total, porcentaje mínimo que era exigido en el Decreto – ley 1221 de 1986 para la existencia de esa clase de entidades públicas en el orden departamental.

En cuanto a las objeciones expuestas por Ferrocarril Colombiano del Atlántico frente a la pretendida ausencia de reserva y disponibilidad presupuestal en el Cesar para que el departamento participara en la aludida contratación, Ferrovías señaló que los eventuales yerros en materia de presupuesto solo podrían afectar la ejecución del contrato pero no la legalidad del compromiso asumido en la licitación pública, y subrayó que, de conformidad con el artículo 49 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, los certificados de disponibilidad presupuestal solo se requerían para la expedición de actos administrativos pero no para la celebración de contratos de la administración (fl. 452, c.22).

- Luego de que se diera lectura al proyecto de resolución de adjudicación, le fue otorgado el uso de la palabra al señor Luis Eduardo Nieto –representante de la proponente Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.-, quien solicitó que la entidad se pronunciara sobre la dimisión del departamento del Cesar, las comunicaciones entregadas por el nuevo gobernador y el concepto emitido al respecto por la Procuraduría General de la Nación.

El asesor de Ferrovías, allí autorizado expresamente por el presidente de la entidad, manifestó que no se emitirían nuevos pronunciamientos sobre las circunstancias referidas por el proponente, toda vez que el proyecto de resolución ya contenía un análisis concreto frente a los indicados puntos, abordados al responder a las observaciones hechas a las propuestas.

En una segunda intervención, el representante de la oferente Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. recalcó que el gobernador del Cesar había manifestado la ausencia de disponibilidad presupuestal y la carencia de autorización por parte de la Asamblea Departamental para que la entidad participara en la licitación pública y en el contrato de concesión.

Subrayó que el gobernador había decidido expresamente no continuar en el proceso de contratación ni avalar los documentos que ya se habían suscrito para comprometer al departamento ante Ferrovías y ante los demás miembros de Fepaz S.A. Seguidamente, agregó (fls. 551 y 552, c.22):

*[S]i el gobernador tomó esa decisión, si se adjudica el contrato a FEPAZ S.A., se cita en la Notaría a las partes para que firmen (...) el documento de constitución y el gobernador del Cesar no aparece, empieza el primer indicio de incumplimiento del contrato, el primero, y ustedes ya tienen una prueba idónea en la mesa de que eso es altamente posible de que suceda (sic) y es complejo tomar una decisión sabiendo que potencialmente puede pasar eso. Primer punto.*

*Segundo punto: (...) el tema del Procurador General de la Nación. El Procurador General dice en su oficio que se tomen las medidas jurídicas pertinentes con base en un concepto que anexa una abogada de la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa (...). [O]jo, que según el Procurador se están metiendo en una irregularidad y eso genera un riesgo, un riesgo grande (...) para el principio de transparencia, de economía y de celeridad que debe regir la función pública. Entonces yo pienso que Ferrovías ha omitido tomar las medidas jurídicas pertinentes para por lo menos sopesar el riesgo jurídico, político, comercial en relación con la ejecución del contrato (...).*

El mencionado interviniente reprochó que en la evaluación del componente económico de la oferta de Fepaz S.A. se pasara por alto la supuesta carencia de disponibilidad presupuestal del departamento del Cesar, por considerar que una vez adjudicado el contrato, la sociedad concesionaria podría alegar la insuficiencia de capacidad financiera para ejecutar la concesión.

Frente a estas manifestaciones de la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., Ferrovías señaló que, por una parte, la Ley 80 de 1993 le prohibía al Ministerio Público y a los organismos de control intervenir en los procesos de contratación administrativa –excepto para solicitar la audiencia pública de adjudicación- y que, por otro lado, el aspecto presupuestal que se le reprochaba al Cesar no podía tener incidencia en la licitación ni en el contrato de promesa de sociedad, toda vez que estos generaban únicamente obligaciones de hacer, mientras que las obligaciones de pago de dinero solo surgirían cuando se constituyera la firma concesionaria y se celebrara el contrato de concesión.

Al finalizar la audiencia pública, Ferrovías dio lectura a la parte final de la Resolución N° 0052 de 1998 y dispuso, como se anotó, adjudicar el contrato a la proponente sociedad futura Fepaz S.A. (fls. 557 al 565, c.22).

#### **2.4. Expedición de los actos acusados**

- En oficio de fecha 19 de febrero de 1998, radicado el 23 de febrero siguiente, el representante de la adjudicataria Fepaz S.A. presentó ante Ferrovías una minuta de escritura pública de constitución de la sociedad, con algunas modificaciones y ajustes relativos a la categoría de persona jurídica que se habría de conformar.

Así, manifestó que la sociedad constituida no sería de economía mixta en razón a que, tal y como Ferrovías lo expresó en la Resolución N° 0052 de 1998, la empresa adjudicataria no ostentaría esa naturaleza porque la participación de los departamentos del Cesar y Santander no sería igual ni superior al 51% del capital. Con fundamento en ello, refirió los ajustes hechos en las cláusulas referentes al régimen legal de la persona jurídica constituida y a la composición y función de sus órganos decisorios, y solicitó que Ferrovías autorizara la firma de la escritura pública bajo esos nuevos términos (fls. 79 al 87, c. 19).

- Ferrovías dio respuesta a la petición el 17 de marzo de 1998, señalando que la entidad estatal no tenía competencia alguna para pronunciarse sobre la minuta del contrato de sociedad, en tanto que era responsabilidad plena y exclusiva del grupo proponente la constitución de una persona jurídica que cumpliera los requisitos previstos en la ley para su existencia y validez.

La entidad advirtió que la sociedad conformada por escritura pública debía ajustarse a los términos ofrecidos en la propuesta sometida a consideración en la Licitación 001 de 1997 y, agregó (fl. 78, c.19):

*[E]l grupo proponente deberá proceder, con anterioridad al vencimiento del plazo previsto en los términos de referencia para la suscripción del contrato de concesión, constituir la sociedad prometida y remitir la minuta (...) a esta entidad, de manera que pueda diligenciar los espacios del contrato que corresponda. En el caso de que la sociedad que se constituya tenga diferencias con aquella que fue propuesta, deberá allegar a esta entidad las explicaciones que permitan evaluar si en tal caso se está incumpliendo con la propuesta que fue presentada.*

- El 13 de marzo de 1998, el representante de Fepaz S.A. le solicitó al gobernador del Cesar que adelantara las gestiones pertinentes a efectos de que el departamento tuviera la disponibilidad presupuestal requerida para constituir la sociedad concesionaria. En su comunicación, el mandatario de la proponente adjudicataria manifestó que no era obligatoria la autorización de la Asamblea Departamental para la conformación de la empresa, dado que no se trataba de una sociedad de economía mixta en la cual el departamento tuviera el 51% del capital, pero que era preciso gestionar el presupuesto, dado que estaba próximo a vencer el plazo otorgado por Ferrovías para la constitución de la sociedad (fls. 59 y 60, c. 31)

No obra en el proceso, prueba alguna que indique si el departamento del Cesar dio respuesta, o no, a la indicada petición.

- Mediante escritura pública N° 1621 del 1 de abril de 1998 expedida en la Notaría 55 de Bogotá –documento que fue aportado a este proceso en copia auténtica-, los apoderados de los representantes legales de las empresas Emcarbón S.A., Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A., Fenit Servizi S.P.A., Rites Ltd., Grodco S.C.A., Consultores del Desarrollo S.A., Hy Tech Fodnass & Cía. S.C.S., Maderas Santa Bárbara Ltda. y Transgranos de Colombia Ltda. manifestaron que habían comparecido para celebrar el contrato de sociedad objeto de la promesa suscrita el 21 de noviembre de 1997, en atención a la Resolución de Adjudicación N° 0052 del 27 de enero de 1998, expedida por Ferrovías.

En la escritura pública se dejó constancia de la hora de comparecencia de cada uno de los firmantes y, asimismo, se declaró que si bien el apoderado designado por el gobernador de Santander había acudido a la Notaría 55 de Bogotá, no

había acreditado en debida forma las facultades que debía ostentar para suscribir el documento en representación de la entidad territorial, razón por la cual se abstuvo de firmar la indicada escritura pública (fls. 368 al 370, c. 25).

- El 17 de abril de 1998, Fepaz S.A. le solicitó a Ferrovías la prórroga del plazo para constituir la sociedad concesionaria, en razón a que se requería de un tiempo adicional para poder revisar la infraestructura y los bienes muebles que la entidad estatal entregaría en concesión, de acuerdo con el pliego de condiciones (fls. 75 al 77, c. 19).

La prórroga solicitada fue otorgada por Ferrovías en oficio de fecha 23 de abril de 1998, en el cual señaló que el plazo respectivo expiraría el 5 de mayo de 1998. Sin embargo, la entidad advirtió que ese término había sido previsto en el pliego de condiciones, únicamente para efectos de la constitución de la sociedad adjudicataria de la concesión y para la organización de su equipo de trabajo, pero no para la entrega de la infraestructura (fls. 72 y 73, c. 19).

- El 28 de abril de 1998, Fepaz S.A. solicitó una nueva prórroga de 30 días para constituir la sociedad concesionaria, argumentando que se habían presentado demoras en la expedición de *“autorizaciones y legalizaciones de documentos locales y los expedidos por casas matrices en el extranjero”* (fl. 65, c.19).

En comunicación del 4 de mayo de 1998, Ferrovías le advirtió a la adjudicataria que si bien, le otorgaría nuevamente la prórroga solicitada, esta se contabilizaría a partir del 28 de abril de 1998 hasta el 27 de mayo de ese año, fecha en la cual vencería el último plazo para tener legalmente constituida la sociedad anónima y celebrar el contrato de concesión (fls. 54 al 56, c. 19).

En el mismo oficio, la entidad advirtió (fl. 55, c. 19):

*... Ferrovías verificará la identidad de la persona jurídica constituida con aquella que fue propuesta por el grupo adjudicatario, especialmente en lo que hace relación a la coincidencia exacta de los accionistas de la misma y al cumplimiento de la participación accionaria ofrecida por cada uno de los integrantes del grupo proponente en su propuesta, así como la verificación del cumplimiento de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993. De esta manera, la escritura pública de constitución de la sociedad prometida deberá ser debidamente suscrita por todos y cada uno de los miembros del proponente, en los mismos términos establecidos en la propuesta presentada.*

- El 11 de mayo de 1998, Fepaz S.A. le solicitó a Ferrovías que reconsiderara la exigencia de constituir la sociedad concesionaria en los mismos términos señalados en la propuesta, a fin de que la empresa se pudiera conformar sin la participación del departamento del Cesar. Señaló que la oferta de esa sociedad futura había cumplido cabalmente con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y, que los elementos esenciales con base en los cuales fue seleccionada tal propuesta no consistían en la permanencia del departamento sino en otros aspectos que continuaban garantizados en ese momento, al margen de que el gobernador del Cesar hubiera decidido no participar en la constitución de la sociedad ni en la concesión objeto de licitación.

Refirió que la dimisión del Cesar no incidía en la capacidad financiera, jurídica y técnica de Fepaz S.A. para celebrar y ejecutar el contrato de concesión, entre otras cosas porque la experiencia acreditada por la oferente durante la licitación no provenía del departamento del Cesar sino de las otras compañías asociadas que ya habían adelantado proyectos de similar naturaleza en otros escenarios comerciales.

Con fundamento en ello, concluyó que resultaba *“ajustado a derecho”* que el contrato de concesión se celebrara sin la participación del departamento del Cesar, en tanto que una eventual negativa de Ferrovías para adelantar la contratación en esas condiciones, podría generar graves consecuencias económicas para los miembros de Fepaz S.A. (fls. 13 al 45, c.19).

- En otra comunicación radicada el 12 de mayo de 1998, Fepaz S.A. le solicitó a Ferrovías que no condicionara la prórroga del plazo para celebrar el contrato de concesión, a que se constituyera previamente la sociedad concesionaria, toda vez que la renuncia del departamento del Cesar había impedido la oportuna conformación de la empresa.

La petición fue acogida por Ferrovías el mismo 12 de mayo de 1998, fecha en la cual señaló que la prórroga se otorgaba de manera incondicional pero reiteró que el plazo para celebrar el contrato de concesión expiraría el 27 de mayo de 1998, de suerte que la sociedad anónima concesionaria debía estar constituida previamente (fl. 31, c. 19).

- El 27 de mayo de 1998, las sociedades Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Rites Ltd. –miembros de la sociedad futura Fepaz S.A.- le solicitaron a Ferrovías autorización para “reestructurar el grupo que compone FEPAZ”, en vista de que la no participación del departamento del Cesar había impedido constituir la sociedad en los términos señalados en la respectiva propuesta (fl. 9, c. 19):

En esa misma fecha, el representante de Fepaz S.A. expuso ante la entidad estatal:

*... [P]usimos en conocimiento el hecho de que el Departamento del Cesar se abstenía definitivamente de suscribir la escritura de constitución de la sociedad FEPAZ S.A., no obstante el sin número de diligencias que se efectuaron para lograr cumplir con este requisito, que desde un principio nos impuso FERROVÍAS.*

*Para suplir esta deficiencia el resto de consorciados concurrió a la firma de la escritura de constitución de la sociedad de acuerdo con la propuesta aceptada por FERROVÍAS, en donde se constata la no comparecencia del Departamento del Cesar. Posteriormente, en reunión de consorciados se determinó, con el fin de no afectar la participación del capital social (...), que el Departamento de Santander asumiera la cuota parte que le correspondía y a la cual se había obligado el Departamento de Cesar (...).*

Agregó que en la Notaría 55 de Bogotá aún reposaba la escritura pública N° 2104, por la cual se constituyó la sociedad Fepaz S.A., la cual fue firmada por el 71.6% de los promitentes socios, quedando ausentes las firmas de Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A., Rites Ltd. y el departamento del Cesar.

Solicitó que las consecuencias del incumplimiento de las personas jurídicas no firmantes recayeran exclusivamente sobre estas y no sobre los asociados que habían estado dispuestos a cumplir los compromisos derivados de la oferta presentada en la licitación, y pidió que el acto de adjudicación se mantuviera, con todos sus efectos, sobre cada uno de los suscriptores de la escritura pública de constitución de la sociedad Fepaz S.A. (fls. 6 al 7, c. 19).

- El mismo 27 de mayo de 1998, el presidente de Ferrovías elaboró un acta en la cual hizo constar que se había reunido con los representantes legales de Sotecni S.P.A., Fenizi S.P.A., Hy Tech Fodnass & Cía. S.C.S., Consultores del Desarrollo S.A., Transgranos de Colombia Ltda. y Grodco S.A., así como con el apoderado designado por el gobernador de Santander y con el señor Richard May Cabrera,

este último como representante de Fepaz S.A. y apoderado de la firma Maderas Santa Bárbara Ltda (fls. 389 y 390, c. 25).

Señaló que los asistentes a la reunión habían presentado sus respectivos poderes, el informe sobre el estado actual de los trámites para la celebración del contrato de sociedad y una certificación expedida por la Notaría 55 de Bogotá, relativa a la elaboración y trámite de la escritura pública de constitución de la sociedad adjudicataria.

A continuación, expresó la entidad:

*El presidente de FERROVÍAS doctor Ciro Vivas Delgado, recibe estos documentos y aclara a los asistentes a la reunión que los mismos serán analizados por los asesores jurídicos de FERROVÍAS, para tomar de esta forma una decisión estrictamente jurídica.*

*Se deja constancia que según concepto de los asesores jurídicos de FERROVÍAS, los documentos que FERROCARRILES DE LA PAZ –FEPAZ- entregue después de esta reunión podrán no ser tenidos en cuenta para la evaluación final y posterior respuesta, por ser entregados fuera del plazo fijado.*

En certificación expedida el 27 de mayo de 1998 –referida por la entidad estatal-, el Notario 55 del Círculo de Bogotá señaló que se encontraba en trámite la escritura pública N° 2104, cuyo objeto era la constitución de la sociedad Ferrocarriles de La Paz –Fepaz S.A.-. Afirmó que se hallaban pendientes las firmas de los representantes legales de Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Rail India Technical and Economic Services - Rites Ltd.- (fl. 392, c. 25).

- En Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998, Ferrovías dispuso (fls. 5 y 6, c. 22):

*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 (...) 1998 en todas sus partes, mediante la cual se adjudicó la*

*presente licitación a la Sociedad Futura 'Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ S.A.'.*

*ARTÍCULO TERCERO: HACER EFECTIVA la Garantía de Seriedad de la Propuesta a la Sociedad Futura 'Ferrocarriles de la Paz S.A. –FEPAZ S.A.'.*

Al exponer las motivaciones de su decisión, la entidad refirió la manifestación hecha por el gobernador del Cesar en el sentido de que ese departamento no participaría en la conformación de la sociedad adjudicataria ni en el contrato de concesión, al tiempo que mencionó las recomendaciones hechas por la Procuraduría General de la Nación en el sentido de que se adoptaran medidas jurídicas frente a las posibles irregularidades en la participación de los departamentos del Cesar y Santander. No obstante, se abstuvo de esbozar un análisis sobre tales actuaciones y observaciones de la entidad territorial y del mencionado organismo de control.

Señaló las prórrogas otorgadas por Ferrovías para la constitución de la sociedad prometida y la celebración del contrato de concesión, y expresó:

*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 (...).*

*... [E]l 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.*

Concluyó la entidad que la sociedad futura Fepaz S.A. se hallaba incurso en una causal de incumplimiento de su propuesta, lo cual habilitaba a Ferrovías para “revocar la adjudicación” y hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, sin perjuicio de las acciones conducentes a la indemnización de los perjuicios no cubiertos por la correspondiente póliza.

- Ferrovías aclaró la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 mediante las Resoluciones 0395 y 401, expedidas el 3 y el 4 de junio, respectivamente. En tales decisiones, la entidad precisó los recursos que procedían contra el acto objeto de aclaración y la fecha en que este le fue notificado al representante de la sociedad futura Fepaz S.A. (fls. 8 al 11, c. 22).

- Contra la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 y sus actos aclaratorios, interpusieron recurso de reposición –en un mismo escrito y por conducto de un mismo apoderado- las sociedades Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Rites Ltd. (fls. 200 al 216, c. 32).

Manifestaron que las “*decisiones administrativas*” adoptadas por el gobernador y la Asamblea del Cesar debieron ser suficientes para que Ferrovías admitiera desde un comienzo el retiro de la entidad territorial y autorizara la constitución de la firma adjudicataria sin la participación de ese departamento, o bien, para que se abstuviera de adjudicarle a Fepaz S.A. el contrato de concesión objeto de la Licitación Pública N° 001 de 1997, si consideraba que la deserción expresada por el gobernador implicaba un incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta favorecida.

Reprocharon que Ferrovías hiciera caso omiso de las advertencias hechas por la Procuraduría General de la Nación y procediera a adjudicar la concesión a Fepaz S.A., pese a saber de antemano que el departamento del Cesar no concurriría a la constitución de la sociedad ni a la celebración del contrato de concesión.

Expresaron que, si bien algunos miembros de la prometida sociedad Fepaz S.A. propusieron constituir la compañía modificando la distribución del capital y alterando la composición societaria, los tres recurrentes rechazaron esa alternativa por considerar contrario a la ley efectuar tales modificaciones sin la autorización previa de Ferrovías. No obstante, también señalaron (fl. 207, c.22):

*Mis representados, junto con los demás miembros del grupo FEPAZ, no tenían en sus manos instrumentos legales para forzar a la Asamblea Departamental del Cesar a autorizar nuevamente la participación del departamento en el proyecto (...) ni, finalmente, para que el gobernador del Departamento aceptara otorgar la escritura de constitución de la sociedad, y muchas menos posibilidades tenía FEPAZ de lograr este propósito ante el hecho de que FERROVÍAS no había cumplido con la obligación de notificar personalmente al Departamento del Cesar, que siquiera le permitiera hacerle exigible las (sic) obligaciones derivadas de la adjudicación (...).*

Solicitaron, con fundamento en lo anterior, que se revocara el acto administrativo recurrido, en cuanto dispuso hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta contra todos los miembros de Fepaz S.A., dado que, según su dicho, en el caso concreto se había configurado una imposibilidad sobreviniente para el grupo adjudicatario, de celebrar el contrato de sociedad. Agregó que la petición hecha en el recurso de reposición se planteaba sin perjuicio de que Ferrovías

mantuviera la revocatoria de la adjudicación, si así lo consideraba procedente (fl. 216).

- Por su parte, la compañía de seguros Confianza S.A. interpuso recurso de reposición contra los indicados actos administrativos –Resolución 0378 de 1998 y decisiones aclaratorias- recalcando la solidaridad de las obligaciones contraídas por los miembros de Fepaz S.A. al presentar oferta en la aludida licitación. Con base en lo anterior, adujo que en virtud de tal solidaridad, al retirarse el departamento del Cesar del proceso de contratación, puso a los restantes asociados en imposibilidad jurídica y física de cumplir los compromisos que habían adquirido con Ferrovías, de suerte que todos los afectados se vieron inmersos en una situación de fuerza mayor que debía eximirlos de responsabilidad (fls. 225 al 243, c.22).

Por lo demás, expuso los mismos argumentos expuestos en la demanda que aquí se analiza (proceso acumulado N° 1999-00148).

El departamento de Santander, así como las sociedades Emcarbón S.A., Fenit Servizi S.P.A., Grodco S.C.A., Consultores del Desarrollo S.A., Hy Tech Fodnass and Economic Services S.C.S., Maderas Santa Bárbara Ltda., Transgranos de Colombia S.A. y Sotecni S.P.A. interpusieron un mismo recurso de reposición contra la Resolución N° 0378 de 1998 y las decisiones que lo aclararon. En su impugnación, solicitaron ser eximidas del cobro de la garantía de seriedad de la oferta, por considerar que tal obligación solo se les debía imponer a las personas jurídicas que se abstuvieron de suscribir la escritura pública de constitución de sociedad, a saber, Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A., Rites Ltd. y el departamento del Cesar.

- Por último, los miembros de la proponente sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. interpusieron recurso de reposición contra los indicados actos administrativos, los cuales reprocharon por no haberse dispuesto en estos la adjudicación del contrato a la oferente que ocupó el segundo orden de elegibilidad, pese a que así estaba previsto en el numeral 3.26 del pliego de condiciones para el evento en que el primer adjudicatario incumpliera sus obligaciones y se abstuviera de celebrar el contrato de concesión (fls. 428 al 431, c.22).

- El 13 de octubre de 1998, la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías- profirió la Resolución N° 0739, por la cual resolvió los recursos de

reposición anteriormente aludidos, en el sentido de confirmar la decisión impugnada (fls. 4 al 44, c. 32).

La entidad recalcó que la asociación oferente Fepaz había presentado la propuesta en la Licitación N° 001 de 1997 bajo la forma de un contrato de promesa de sociedad, en el cual se señaló como única condición para la constitución de la compañía, la adjudicación del contrato de concesión a esa proponente. Agregó que, no obstante haberse cumplido la condición, los miembros de Fepaz se abstuvieron de constituir en legal forma la sociedad anónima prometida, de suerte que no había lugar a retractarse de lo resuelto en la Resolución N° 0378 de 1998, en cuanto revocó la adjudicación mencionada.

Señaló que Ferrovías no estaba llamada a resolver las diferencias que surgieran entre los miembros del grupo oferente y que, por tanto, las responsabilidades internas de uno de los promitentes socios frente a los demás suscriptores de la propuesta y del contrato de promesa, no le eran atribuibles ni oponibles a la entidad estatal.

Expuso que la decisión de hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta resultaba procedente en el caso concreto, toda vez que el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 señalaba, precisamente, que si el adjudicatario no suscribía el contrato correspondiente a la licitación, la garantía de seriedad de la oferta habría de hacerse efectiva a favor del Estado.

Adicionalmente, expuso (fl. 6, c.32):

*...[S]i bien es cierto que en presencia de una promesa de sociedad no es posible predicar el atributo de la personalidad jurídica, también lo es que en materia de contratación estatal se habilita dicha figura para que participe en las licitaciones como proponente y la adjudicación recae sobre el proponente que puede ser plural pero que en todo caso la responsabilidad es solidaria entre los integrantes de la parte en la relación obligacional, razón por la cual en esta hipótesis se trata de un solo adjudicatario (...).*

*...[S]i fuera aceptable lo afirmado por el recurrente respecto de que cada uno de los promitentes son adjudicatarios individuales, esto implicaría que FERROVÍAS podría suscribir el contrato con cualquiera de ellos o con algunos (...) y aquí el único que tiene dicho derecho es la Sociedad Futura Ferrocarriles de la Paz S.A. FEPAZ, que es el único adjudicatario en el tema que nos ocupa.*

Manifestó que, si bien una de las partes podía estar conformada por una pluralidad de sujetos, ello no implicaba el fraccionamiento del acto o contrato, como si en la

licitación se hubiera tratado de una o varias ofertas, de manera que ninguno de los integrantes de la asociación oferente podía invocar el hecho o el incumplimiento de otro miembro para exonerarse también de cumplir.

Indicó que, en el caso concreto, el carácter solidario de las obligaciones derivadas de la licitación no solo se estableció desde la elaboración del pliego de condiciones, sino que también fue aceptado y asumido por todos los integrantes de las asociaciones oferentes, al presentar sus propuestas. En este punto, advirtió también que en virtud de esa solidaridad, a Ferrovías no le era exigible “*calificar las relaciones internas*” entre los promitentes socios de Fepaz S.A.

En lo relativo a la dimisión del departamento del Cesar por supuesta falta de autorización al gobernador, Ferrovías manifestó que la Ordenanza N° 04 de 1998 – por la cual la Asamblea Departamental revocó las facultades que se le habían conferido al mandatario para constituir la sociedad Fepaz S.A. y cumplir las obligaciones asumidas frente a Ferrovías- no podía tener efectos retroactivos, ya que para el momento de su expedición, el acto administrativo de otorgamiento de facultades había producido efectos jurídicos, concretados en la presentación de la propuesta y en la promesa de constitución de la sociedad. En ese sentido, expuso que la revocatoria contenida en la Ordenanza N° 04 de 1998 no podía anular ni sustraer del mundo jurídico las obligaciones ya existentes, previamente asumidas por el departamento del Cesar.

Frente a las manifestaciones hechas por el gobernador del Cesar, en el sentido de que el departamento se apartaría de la licitación y de la contratación, señaló:

*[L]as comunicaciones del Departamento del Cesar no eran emitidas por un proponente de la Licitación y por lo tanto no podían ser tenidas en cuenta en dicho proceso como manifestaciones de un proponente, máxime que evidenciaban diferencias entre los promitentes asociados que no eran objeto de solución por FERROVÍAS*

Señaló que lo expresado por el gobernador del Cesar no podía alterar, modificar ni privar de efecto alguno la oferta presentada por la sociedad futura Fepaz S.A., propuesta en la cual, según su dicho, no participó el gobernador “*sino el departamento mencionado*” (fl. 14, c. 32). De igual manera afirmó que la revocatoria del poder conferido al representante de la asociación oferente no podía ser tenida en cuenta ni resultaba procedente, dado que la misma constituía una modificación de la propuesta, “*la cual era inmodificable*” (fl. 16).

En ese mismo sentido, manifestó que los cambios en la composición societaria de la compañía prometida y en la distribución de los porcentajes de participación en el capital también configuraban una improcedente modificación de la oferta.

Adujo que, en todo caso, no era jurídicamente viable abstenerse de adjudicar el contrato a Fepaz S.A. con base en la dimisión expresada por el “*departamento*” del Cesar, toda vez que “*este no era el proponente en la licitación*”.

Por último, frente a la censura planteada por la oferente Ferrocarril Colombiano del Atlántico –por el hecho de no habersele adjudicado el contrato como lo preveía el numeral 3.26 del pliego de condiciones para el proponente que ocupara el segundo lugar-, Ferrovías manifestó que esa disposición contenida en el pliego no establecía un derecho para el segundo oferente ni una obligación terminante para la entidad estatal, sino que solo refería la posibilidad de adjudicar el contrato al participante que ocupara el segundo orden de elegibilidad siempre y cuando ello fuera procedente, a la luz del artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993.

Afirmó que, en efecto, la norma aludida establecía que la autoridad pública podría adjudicar el contrato al proponente con la segunda mejor calificación, pero solo si su oferta era igualmente favorable para la entidad, condición esta que, en su sentir, no se cumplía en el caso concreto, dada la “*gran diferencia*” que existía entre las propuestas económicas de Fepaz y Ferrocarril Colombiano del Atlántico. Como consecuencia, concluyó que Ferrovías no tenía la obligación de adjudicar la concesión a esta última.

Por todo lo anterior, como ya se anotó, Ferrovías confirmó la Resolución N° 0378 de 1998 y sus actos aclaratorios.

### **3. Problema jurídico**

En el presente asunto, le corresponde a la Sala determinar si las Resoluciones 0378 del 29 de mayo de 1998, 0395 del 3 de junio de 1998, 0401 del 4 de junio de 1998 y 0739 del 13 de octubre de 1998, no se ajustaron al principio de legalidad, al revocar el acto administrativo mediante el cual se le había adjudicado a la sociedad futura Fepaz S.A. el contrato de concesión correspondiente a la Licitación Pública N° 001 de 1997 y, hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta respecto de

todos los integrantes de la indicada asociación oferente, sin realizar la adjudicación sustitutiva a la proponente sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.

En tal virtud, se deberá examinar: i) si la decisión de la Asamblea del Cesar, de revocar las facultades que previamente le había conferido al gobernador para constituir la sociedad anónima prometida, eximía al departamento de las obligaciones adquiridas con Ferrovías en la Licitación Pública N° 001 de 1997; ii) si el eventual incumplimiento del departamento del Cesar exoneraba a los demás promitentes socios de Fepaz S.A. de la responsabilidad que sobre estos recayó por virtud de los actos acusados; iii) si el retiro del departamento del Cesar del proceso de selección y su renuncia al contrato estatal le eran oponibles a Ferrovías y/o le impedían disponer de la garantía respecto de los demás integrantes de Fepaz S.A. y, iv) si al no suscribir Fepaz S.A. el contrato que le fue adjudicado, Ferrovías estaba o no en la obligación de adjudicarlo de manera sustitutiva a la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.

### **3.1. Marco jurídico del proceso de selección del contratista para la concesión de la actividad ferroviaria**

#### **3.1.1. Régimen jurídico del contrato de concesión ferroviaria y obligación de adelantar licitación pública**

Como es sabido, entre las distintas tipologías de contrato estatal previstas en el estatuto general de contratación pública se encuentran los contratos de concesión, definidos en el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993 como aquellos que celebran las entidades del Estado con el objeto de conferir a un particular *“la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público”* o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio o uso público.

La jurisprudencia se ha referido a la noción del contrato de concesión en los siguientes términos:

*La concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión -, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se*

*le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual*<sup>11</sup>.

Para la construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de la infraestructura vial de Colombia, el Estado ha acudido de manera primordial a la figura de la concesión, mecanismo autorizado expresamente por las Leyes 80 y 105 de 1993<sup>12</sup> para esos efectos. Ello sin perjuicio de la modalidad de contratación por asociación público – privada, que ha cobrado gran relevancia en la actividad contractual del Estado para proyectos de infraestructura, especialmente a partir de la Ley 1508 de 2002.

En cuanto a la infraestructura ferroviaria, se tiene que en virtud de la Ley 104 de 1882, el Congreso de la República autorizó por primera vez la contratación de la construcción de vías férreas en Colombia mediante el sistema de concesión, lo cual dio paso a la construcción de las primeras líneas de ferrocarril. En 1954 fue creada la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se inició la construcción de la línea denominada “*Ferrocarril del Atlántico*”<sup>13</sup>.

La empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia fue liquidada por virtud de lo dispuesto en la Ley 21 de 1988, normativa que ordenó la supresión de esa entidad y adoptó un esquema mixto de operación del sistema<sup>14</sup>, cuya modernización, dirección y administración se le confiaron posteriormente a la Empresa Colombiana de Transporte Ferroviario –Ferrovías-, creada mediante Decreto 1588 de 1989.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Exp.: 26.939. Adicionalmente, esta Corporación ha recalcado que la figura de la concesión también entraña una fuente jurídica de carácter constitucional, en cuanto su actividad es inherente a las funciones de control e intervención económica del Estado sobre la libertad de acción de los particulares frente a los bienes, servicios y obras de infraestructura pública, respecto de los cuales la autoridad estatal decide no asumir directamente su explotación económica, administración o uso, sino que traslada tales facultades a un tercero, manteniendo, sin embargo, la titularidad, control y vigilancia sobre dichos bienes, servicios y obras (Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 1 de julio de 2015, exp. N° 47001-23-31-000-2004-00609-01-39622. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

<sup>12</sup> El artículo 30 de la Ley 105 de 1993 –que regula la actividad y la planeación del sector transporte- establece: “*Del contrato de concesión. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial (...)*”.

<sup>13</sup> Departamento Nacional de Planeación. “*Rehabilitación de vías férreas a través del sistema de concesiones*”. En: *Los grandes proyectos de inversión del Estado Comunitario*. Bogotá, 2008. Recuperado del enlace [https://spi.dnp.gov.co/App\\_Themes/SeguimientoProyectos/Resumen Ejecutivo/0005040109999.pdf](https://spi.dnp.gov.co/App_Themes/SeguimientoProyectos/ResumenEjecutivo/0005040109999.pdf). Consultado por última vez el 11 de julio de 2018.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

Dada la necesidad de rehabilitar la red existente y mejorar los resultados de la actividad ferroviaria, en el documento CONPES 2775 de 1995<sup>15</sup> se establecieron las estrategias encaminadas al logro de esos propósitos y a la modernización de todos los sistemas de transporte del país. Allí se estableció que se otorgarían en concesión 1.880 kilómetros de la red nacional de ferrocarril en dos sistemas, a saber, las redes férreas del Atlántico y del Pacífico, de acuerdo con los diseños elaborados por el consorcio consultor Socimer – Ineco, contratado por Ferrovías en 1995<sup>16</sup>.

Ahora bien, para la época de los hechos que son materia de esta controversia – años 1997 y 1998- ya se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, por la cual se regulaban –como hoy- los contratos de concesión de la infraestructura ferroviaria, no solo porque esa modalidad de contratación estaba prevista expresamente en dicho cuerpo normativo, sino también porque el artículo 30, parágrafo 2 de la Ley 105 de 1993 disponía que los contratos de concesión celebrados para los proyectos viales –incluyendo los ferroviarios- se sujetaban al Estatuto General de la Contratación Pública, aunque previó algunas salvedades en relación con las causales de nulidad de los contratos estatales<sup>17</sup>.

Por tanto, el contrato de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento y explotación de la infraestructura ferroviaria debía estar precedido de una licitación pública<sup>18</sup>, como lo imponía en ese momento el artículo 24, numerales 1 y 8 de la Ley 80 de 1993<sup>19</sup>.

### **3.1.2. Irrevocabilidad de la adjudicación y de la oferta del proponente**

---

<sup>15</sup> Titulado, *“Participación del sector privado en la estructura física”*. Recuperado del enlace: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/2775.pdf>.

<sup>16</sup> Hecho documentado por el Departamento Nacional de Planeación y el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES en el documento CONPES 2840 del 28 de febrero de 1996: *“Proyectos de desarrollo de infraestructura financiados por el gobierno japonés”*. Recuperado del enlace: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/2840.pdf>.

<sup>17</sup> Establece la norma: *“Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación”*.

<sup>18</sup> Definida en el artículo 30, parágrafo de la Ley 80 de 1993 como el procedimiento de formulación de una convocatoria pública *“para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas”* y la entidad estatal seleccione la más favorable.

<sup>19</sup> Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la norma indicada establecía: *“Principio de transparencia. En virtud de este principio:*

*1°. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos (...).*

*8°. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”*.

De conformidad con las reglas contenidas en el estatuto de contratación administrativa, la licitación ha de culminar con la adjudicación del contrato al proponente seleccionado. Al respecto, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, el artículo 30, numerales 11 y 12 establecía:

*11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos (...).*

*El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.*

*12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.*

*En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.*

Este carácter irrevocable y vinculante de la adjudicación, previsto expresamente en la ley, hace palmaria para el adjudicatario la obligación de celebrar el contrato, a tal punto que, de conformidad con la norma citada, la no celebración del negocio jurídico por parte del proponente seleccionado acarrea su responsabilidad patrimonial, que se concreta con la sanción pecuniaria consistente en la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta, además de la eventual obligación de reparar los perjuicios no cubiertos por la respectiva póliza.

De tal alcance era la irrevocabilidad de la adjudicación y la obligación de celebrar el contrato en la normativa vigente durante la época de los hechos, que aun ante el evento de una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinida durante la licitación, la ley no preveía la revocatoria del acto que adjudicaba el contrato, sino que establecía medidas que recaían en cabeza del proponente afectado con la inhabilidad o incompatibilidad, como lo eran: i) entender la ocurrencia de la causal como una renuncia a su participación en el proceso, o bien, ii) tratándose del miembro de un consorcio o unión temporal, se le imponía el deber de ceder esa participación a un tercero<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Frente a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 establecía en la época de los hechos: “Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

El artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 modificó el alcance de esa irrevocabilidad y de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, al establecer que “*si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado*”. No obstante, esa misma norma reiteró que, por regla general, el acto de adjudicación es irrevocable y, en todo caso, tal disposición normativa no estaba vigente en la época de ocurrencia de los hechos que motivaron el litigio aquí examinado por la Sala.

Retomando entonces la regla general prevista en el artículo 30, numeral 12 del estatuto general de contratación pública, se tiene que, bajo esa línea fijada por la ley sobre el carácter irrevocable de la adjudicación, es claro –y así lo ha indicado la jurisprudencia- que la propuesta u oferta presentada en la licitación también ostenta esa irrevocabilidad, no pasible de retractación por el oferente, so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial con la entidad estatal convocante.

Más aun, toda vez que la oferta presentada en licitación pública se encamina a la celebración de un negocio jurídico –cual es el contrato estatal-, le resulta aplicable –en cuanto a su naturaleza e irrevocabilidad- lo dispuesto en los artículos 845 y 846 del Código de Comercio, que establecen:

*Artículo 845. 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. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.*

*Artículo 846. La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.*

*La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.*

---

*“Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación [o concurso], se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.*

*“Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal” (el aparte entre corchetes fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007).*

Al respecto y al amparo del ordenamiento vigente para el momento de ocurrencia de los hechos, esta Corporación señaló que si bien la promesa presentada en licitación pública reunía los elementos de la oferta regulada en el estatuto de comercio, en el proceso de selección que adelantara el Estado, la retractación del oferente no generaba los efectos señalados en el artículo 846 del indicado código, sino que tal conducta, si se presentaba antes de la adjudicación, no generaba consecuencias jurídicas para ninguna de las partes ni impedía que se evaluara y seleccionara la propuesta desistida, mientras que si era posterior al acto de adjudicación, daba paso a la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta y a la reparación de los perjuicios no cubiertos por esta, en virtud de lo previsto en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, anteriormente citado.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explicó<sup>21</sup>:

*... [L]a licitación que abre la administración pública con base en la Ley 80 de 1993 es un llamado a que los particulares empresarios presenten ofertas, sujetándose al pliego de condiciones, que a manera de reglamento ha puesto en vigencia. Las propuestas que le formulen los licitadores son ofertas de contratos, una de las cuales es aceptada por la administración en el acto administrativo de adjudicación. De la oferta y la adjudicación surge el acuerdo de voluntades, que obliga a las partes a suscribir el contrato, dado que debe ser escrito, según las voces del artículo 41 de la misma ley. El licitador debe garantizar la seriedad de los ofrecimientos hechos, locución que significa que su oferta es irrevocable, pues es seria o en firme. De aquí surge la pregunta acerca del efecto jurídico en caso de que el oferente se retracte: ¿es el contemplado por el artículo 846 del código de comercio antes esbozado, o existe otro diferente, propio del derecho público? Encuentra la Sala que la respuesta se halla en el numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, el cual dispone que si el adjudicatario no suscribe el contrato, (o no lo legaliza), la administración se quedará con el valor de la garantía o depósito constituidos para garantizar la seriedad de la oferta (...).*

*De esta norma se desprende que el legislador colombiano modificó la regla sobre la irrevocabilidad de la oferta del Código de Comercio, puesto que en este estatuto, el retracto conlleva la indemnización de perjuicios. En la Ley 80 de 1993, si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta, esta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de este pronunciamiento y evaluar la oferta. Si esta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente. Dicho en otra forma, en derecho público la irrevocabilidad de la oferta es ineficaz, de manera que no puede la administración dejar de evaluar la propuesta presentada por uno de los licitadores, quien, si resulta adjudicatario deberá*

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de marzo de 2006, exp. N° 11001-03-06-000-2006-00022-00(1723). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

*suscribir el contrato. Si no lo hace, entonces sí se le aplican las sanciones del numeral 12 del artículo 30 citado.*

En este punto, vale la pena precisar que con la expedición del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008 se dispuso por primera vez que la garantía de seriedad de la oferta habría de cubrir, entre otros riesgos, el retiro de la propuesta después de haber vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas (artículo 4, numeral 4.1.4). En ese sentido, en cuanto nada se estableció al respecto antes de la entrada en vigencia de dicha normativa, resultaba claro que hasta entonces, la garantía mencionada solo podía hacerse efectiva con ocasión de la no celebración del contrato, es decir, que *“la única situación en la que el ente licitante se queda(ba) con la garantía (era) la no suscripción del contrato”*<sup>22</sup>. En razón de lo anterior, se insiste en que durante la época de ocurrencia de los hechos que aquí se examinan, la retractación del oferente, previa a la adjudicación, no generaba para la entidad la facultad –y menos aun la obligación- de tomar la garantía, como tampoco le era exigible abstenerse de evaluar y seleccionar –si era del caso- la propuesta desistida, sino que la administración conservaba el deber de evaluar la propuesta y, de hallarla favorable, proceder a su selección.

### **3.1.3. Solidaridad de las obligaciones derivadas de la propuesta presentada bajo promesa de constitución de sociedad**

Ahora, el desistimiento de la oferta, cuando es posterior al acto de adjudicación, se manifiesta con la no celebración del contrato estatal adjudicado y genera –se reitera- la responsabilidad patrimonial prevista en el aludido artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993. Esta circunstancia es indicativa de que, ante el incumplimiento del adjudicatario en la firma del contrato, la entidad pública está legalmente habilitada para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta sin que ello dependa de que, tratándose de un proponente con pluralidad de integrantes, el incumplimiento haya tenido lugar solo por la conducta de uno de ellos.

Lo anterior, máxime cuando el proponente plural haya formulado su oferta y acudido al proceso de selección bajo la promesa de sociedad futura, pues a esta figura le es aplicable lo establecido en el artículo 119, inciso segundo del Código de Comercio, en cuanto dispone:

---

<sup>22</sup> *Ibídem.*

*... 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 en ella.*

En esa medida, el eventual incumplimiento de uno de los promitentes socios frente a la entidad estatal convocante no exime de responsabilidad a los demás, puesto que en virtud de la solidaridad de las obligaciones derivadas del contrato de promesa y, como lo dispone el artículo 1571 del Código Civil, el acreedor afectado puede “*dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por este pueda oponérsele el beneficio de división*”.

Del caso resulta advertir, igualmente, que de conformidad con el artículo 7, párrafo 3 de la Ley 80 de 1993, las sociedades que se conformen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, se someten a las mismas responsabilidades y efectos dispuestos en ese estatuto para los consorcios, respecto de los cuales, la misma norma dispuso en su numeral 1:

*Para efectos de esta ley se entiende por:*

*1-. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.*

Esta Corporación ha considerado que la responsabilidad solidaria prevista para los consorcios en el artículo 7, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 y, aplicable a otras clases de sociedad en virtud del párrafo 3 de la misma norma, no solo opera para las sociedades ya constituidas en el momento de presentar oferta en la licitación pública, sino también para aquellas asociaciones oferentes que acudan al proceso de selección bajo un contrato de promesa de sociedad. Así, en sentencia de fecha 19 de junio de 2008 y, esbozando un criterio que hoy acoge esta Sala, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó<sup>23</sup>:

*En el caso de la promesa de sociedad y durante su participación en el proceso de selección, es clara la existencia de la responsabilidad solidaria de quienes se presenten bajo esta modalidad en el proceso de selección*

---

<sup>23</sup> Radicación N° 19001-23-31-000-2005-00005-01AP. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*frente al incumplimiento de obligaciones emanadas de la propuesta y los actos de incumplimiento de la promesa de sociedad (...)*  
Bajo este mismo razonamiento, en concepto de fecha 4 de septiembre de 2000 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó:

*Algunos tratadistas opinan que la responsabilidad para efectos de las modalidades contenidas en el párrafo 3o. del artículo 7o. y en el párrafo 2o. del artículo 32 de la Ley 80, es diferente cuando la oferta la presenta una sociedad ya constituida –evento en el cual sería solidaria- o cuando se presenta bajo la figura de promesa de sociedad –donde la responsabilidad será de acuerdo con el tipo de sociedad que se cree después de la adjudicación- motivo por el cual estiman que la primera de las citadas no tendrá aplicación en la práctica por ser desventajosa para los contratistas. Por el contrario, la Sala considera que en uno u otro caso los proponentes han de responder en forma solidaria, habida cuenta de que el riesgo previsto por el legislador respecto de esta modalidad de sociedad no desaparece por el hecho de que esta se constituya con posterioridad a la presentación de la oferta, pues lo que se tuvo en cuenta en el momento de consignar la norma, fue que por tener objeto único y duración limitada su patrimonio no llegue a resultar insuficiente para cubrir las multas, indemnizaciones o sanciones que puedan presentarse por el incumplimiento de la propuesta o la inejecución del contrato (...). La promesa de sociedad que presentó la firma beneficiada con la adjudicación (...) se encuentra regulada por el párrafo 3o. del artículo 7o. de la ley 80/93, toda vez que su constitución obedeció a la celebración y ejecución del contrato de concesión adjudicado por el INVÍAS, y por tanto su responsabilidad es la señalada para los consorcios tal como lo prevé la citada norma. El haber presentado la propuesta como ‘promesa de sociedad’ no la exime de la responsabilidad allí establecida<sup>24</sup>.*

### **3.2. Análisis de los cargos de nulidad**

A efectos de examinar la ocurrencia de las transgresiones normativas alegadas por los demandantes, pasará la Sala a abordar el estudio de cada uno de los cargos de nulidad formulados en el libelo, como sigue.

#### **3.2.1. Cargos planteados por la compañía de seguros Confianza S.A.**

La sociedad de seguros Confianza S.A. sostuvo que las resoluciones acusadas infringieron los artículos 2, 5 y 29 de la Constitución Política, el artículo 1060 del Código de Comercio, el Decreto 01 de 1984, el Código Civil y la Ley 80 de 1993.

##### **a) Primer cargo: “crónica de un incumplimiento anunciado”**

En el planteamiento del cargo de nulidad que denominó “crónica de un incumplimiento anunciado”, la sociedad demandante afirmó que, a pesar del anuncio de retiro expresado por el gobernador del Cesar y de las advertencias

---

<sup>24</sup> Expediente N° 1283. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

hechas por el Procurador General de la Nación sobre posibles irregularidades en la participación de ese departamento en la Licitación Pública N° 001 de 1997, Ferrovías adjudicó el contrato respectivo sin excluir a la entidad territorial, para luego revocar su decisión en lugar de aceptar que la sociedad concesionaria se constituyera únicamente con los demás integrantes de Fepaz S.A.

Al respecto, debe señalar la Sala que la decisión de adjudicar el contrato a la proponente Fepaz S.A. –hecho que la parte actora cuestiona en este cargo- no afecta la legalidad de la resolución que finalmente revocó esa adjudicación. En otras palabras, los reproches que la demandante plantea por haberse adjudicado la concesión a Fepaz S.A. no pueden tener incidencia alguna en la legalidad o validez de la Resolución N° 0378 de 1998 ni en los actos administrativos que la aclararon y confirmaron.

Se indica lo anterior por cuanto, si bien las circunstancias que motivaron la revocatoria contenida en la Resolución N° 0378 de 1998 ocurrieron a raíz del alegado retiro del departamento del Cesar, lo cierto es que el incumplimiento de la asociación adjudicataria –que motivó el acto aquí enjuiciado- solo se configuró después de la adjudicación y, naturalmente, no pudo darse antes, puesto que la obligación de celebrar el contrato de concesión y la exigibilidad de los compromisos asumidos al presentar la oferta surgieron, precisamente, con la adjudicación del negocio jurídico mediante la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998.

No está de más reiterar, en primer lugar, que en la sentencia del 30 de junio de 2016 –por la cual esta Corporación resolvió sobre la legalidad del acto administrativo que adjudicó la licitación referida en el *sub judice*- se analizó lo relativo a la incidencia que podía tener o no en la Licitación Pública N° 001 de 1997 la dimisión expresada por el gobernador del Cesar y, si tal renuncia afectaba o no la viabilidad de seleccionar la propuesta de Fepaz S.A. En el mencionado fallo se adoptó, a ese respecto, una decisión con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, de suerte que no hay lugar a resolver nuevamente sobre ese mismo punto, ahora cuestionado por la aseguradora Confianza S.A., aquí demandante.

En segundo lugar y, sin perjuicio de lo anterior, se insiste en que, de conformidad con el artículo 846 del Código de Comercio, en armonía con el contenido y alcance del artículo 30, numerales 11 y 12 de la Ley 80 de 1993 en el período en que se expidieron los actos acusados, la oferta era siempre irrevocable, razón por la cual, la retractación de la misma antes de la adjudicación no tenía la virtud de impedir que la entidad estatal procediera a su examen –como expuso la Sala de Consulta y

Servicio Civil en el concepto anteriormente referenciado<sup>25</sup>- y dispusiera su selección si lo encontraba pertinente.

Ahora bien, una vez en firme el acto de adjudicación, surgía para el proponente favorecido la obligación de celebrar el contrato licitado so pena de que, a título de sanción, se viera abocado a perder el valor amparado con la garantía de seriedad de la oferta. Ello sin que le fuera oponible a la entidad estatal ninguna irregularidad que pudiera surgir en la situación jurídica o económica del adjudicatario, menos aun si la anomalía se presentaba solo respecto de uno de los integrantes del proponente plural, como lo era la sociedad futura Fepaz S.A.

En la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998, Ferrovías declaró el incumplimiento de la adjudicataria Fepaz, al evidenciar que el 27 de mayo de 1998 –fecha en la cual vencía el último plazo otorgado a la proponente para constituir la sociedad y celebrar el contrato de concesión- no se había conformado la persona jurídica que habría de fungir como concesionaria. De igual manera advirtió la entidad que, si bien algunos miembros de la oferente le presentaron una certificación del estado de trámite de la escritura pública respectiva, el documento dio cuenta de que “tres de los cuatro miembros” de la sociedad prometida –no solo el departamento del Cesar- se habían abstenido de suscribir el instrumento de constitución de la compañía. En vista de tales circunstancias, así expuestas en el acto administrativo enjuiciado, Ferrovías concluyó lo que había evidenciado, esto es, que el adjudicatario no compareció a celebrar el contrato de concesión y que no se había constituido la sociedad anónima prometida para ese efecto, lo cual configuró el supuesto contemplado en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, que establecía:

*Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.*

En este punto, se tiene que la responsabilidad solidaria e ilimitada que recaía sobre todos los integrantes de la asociación oferente no solo estaba prevista en los artículos 119 del Código de Comercio y 7 de la Ley 80 de 1993 –como se señaló anteriormente-, sino también en el numeral 1.7.6 del pliego de condiciones

---

<sup>25</sup> Concepto del 30 de marzo de 2006, exp. N° 11001-03-06-000-2006-00022-00(1723). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

correspondiente a la Licitación N° 001 de 1997, el cual fue aceptado expresamente por Fepaz al presentar su oferta (fl. 190, c.22). Por tanto, les correspondía a todos los promitentes socios de la adjudicataria suscribir el contrato de concesión y corregir por su cuenta las eventuales irregularidades sobrevinientes que pudieran dificultarle a alguno de los socios la constitución de la compañía prometida y la celebración del contrato de concesión, sin responsabilizar por ello a la entidad estatal y mucho menos imputarle el deber –inexistente- de aceptar la conformación de la sociedad adjudicataria sin la participación de uno de los firmantes de la promesa.

Es del caso recordar que para el 7 de octubre de 2007 –fecha en la cual Fepaz S.A. presentó oferta en la Licitación Pública 001 de 1997-, se encontraba vigente la Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997, por la cual la Asamblea Departamental del Cesar le confirió al gobernador autorización expresa para contratar. Este acto administrativo, así expedido por la mencionada corporación de elección popular, habilitó con suficiencia al representante legal del departamento para comprometer a la entidad territorial en la licitación y en la promesa de constitución de sociedad. Por consiguiente, una vez asumidas en legal forma tales obligaciones por parte del departamento del Cesar, este debía proceder a cumplirlas, sin que le fuera dable oponer a Ferrovías ni a los otros socios promitentes de Fepaz S.A. el cambio de parecer de la administración departamental sobre la participación del Cesar en la aludida contratación.

A fin de garantizar el cumplimiento de la promesa de constitución de sociedad, la Asamblea Departamental expidió la Ordenanza N° 043 del 19 de diciembre de 1997, en la cual la cual autorizó al gobernador para *“conformar la sociedad que asumirá frente a Ferrovías las obligaciones que de ella se deriven”*. Sin embargo, ese mismo órgano colegiado de elección popular rescindió tal decisión mediante Ordenanza N° 04 del 16 de enero de 1998, que derogó -sin motivación alguna- el acto anterior.

Aunque la Ordenanza N° 04 de 1998 quedó en firme y contra ella no se emitió juicio alguno de ilegalidad, debe recalarse que a la luz del ordenamiento jurídico vigente, esa decisión no podía generar efecto alguno que fuera vinculante para Ferrovías ni para los miembros de la oferente sociedad futura Fepaz S.A., puesto que si bien, en principio, la ordenanza tuvo los atributos de un acto administrativo, no podía por sí misma extinguir la obligación ya surgida para el Cesar merced a la firma –legal y autorizada- de la promesa de sociedad.

De conformidad con el artículo 69 del Decreto 01 de 1984 –vigente en la fecha de expedición de la Ordenanza N° 04 de 1998-, la revocatoria directa de los actos administrativos solo procede en tres casos, a saber: i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución o a la ley, ii) cuando el acto no guarde conformidad con el interés público o social o atente contra este y iii) cuando con el acto administrativo revocado se cause agravio injustificado a una persona. Asimismo, el artículo 73 del mismo cuerpo normativo indica que cuando el acto administrativo que se pretende revocar haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto “o reconocido un derecho de igual categoría” –como lo es la fijación de obligaciones a favor de terceros-, no puede revocarse el acto sin el consentimiento expreso y escrito del tercero afectado.

No le resulta oponible a Ferrovías el incumplimiento en que incurrió el departamento del Cesar, a través de su Asamblea Departamental, en cuanto desconoció las obligaciones que en virtud de las Ordenanzas 010 y 043 de 1997 había asumido frente a la entidad estatal demandada y frente a los promitentes socios de Fepaz S.A., revocando en la Ordenanza N° 04 de 1998 las facultades conferidas al gobernador y omitiendo adelantar el procedimiento previo tendiente a garantizar los derechos de Ferrovías y de los particulares directamente afectados con esa revocatoria.

El que en un acto administrativo se resolviera desconocer, tácita o expresamente, obligaciones emanadas de la ley y del contrato, supuso un palmario incumplimiento cuyos efectos, también previstos en las normas legales, no podían conjurarse por el simple querer de la parte incumplida –por más que ello fuera plasmado en un acto administrativo con presunción de legalidad-, como tampoco podían trasladarse al acreedor afectado con el incumplimiento, que en el caso concreto era la entidad estatal Ferrovías.

Así entonces, la irrevocabilidad de la propuesta de Fepaz S.A. y la responsabilidad solidaria surgida del contrato de promesa de sociedad le imponían al departamento del Cesar –en su condición de parte en dicho contrato- unas obligaciones que no podía simplemente recusar por medio de una nueva ordenanza –que, como tal, no podía generar el efecto de suprimir consecuencias jurídicas previstas en normas de superior jerarquía, como las legales- ni con la revocatoria del poder que se le había conferido al representante de la sociedad futura Fepaz S.A.

Luego, al abstenerse el departamento del Cesar de suscribir el contrato de sociedad, necesario para que la adjudicataria Fepaz S.A. celebrara la concesión licitada, incurrió en un incumplimiento injustificado, no avalado ni protegido por la ley, puesto que la Ordenanza N° 04 de 1998 no impedía que permanecieran incólumes las obligaciones que válidamente había asumido el ente territorial. En esa medida, mal podía exigirse a Ferrovías que aceptara u orquestara tal desatención a los deberes adquiridos por el departamento ni que les permitiera a los miembros de Fepaz S.A. hacer caso omiso a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en el Código de Comercio sobre la irrevocabilidad de la oferta, las obligaciones emanadas del contrato de promesa de sociedad y las cargas derivadas de la licitación pública.

Por lo anteriormente expuesto, no prospera el primer cargo formulado por la aseguradora Confianza S.A. contra los actos administrativos acusados.

b) Segundo cargo: *“Imposibilidad física y jurídica de suscribir el Contrato de Sociedad de Economía Mixta por parte de los integrantes del Grupo FEPAZ”*

Afirmó la compañía demandante que las actuaciones de Ferrovías y del departamento del Cesar pusieron a los miembros de Fepaz S.A. en la imposibilidad jurídica de constituir la firma adjudicataria y de celebrar la concesión licitada, en las condiciones exigidas en el pliego de condiciones.

Cabe anotar, en torno a este aspecto, que los demandantes en esta controversia han insistido en señalar que el departamento del Cesar no estaba legalmente habilitado para constituir la prometida sociedad Fepaz S.A. ni para participar en el contrato de concesión objeto de la Licitación Pública 001 de 1997 y que, por esa razón, Ferrovías ha debido aceptar que Fepaz S.A. se conformara sin esa entidad territorial, o bien, no hacer efectiva contra todos los asociados la garantía de seriedad de la oferta.

Este planteamiento no puede ser acogido en la presente instancia para afirmar la pretendida nulidad de la Resolución N° 0378 de 1998 y los demás actos acusados puesto que, como ya se ha explicado, las obligaciones surgidas del contrato de promesa de sociedad y de la presentación de la propuesta en la licitación pública fueron válidamente asumidas por el departamento del Cesar y no se extinguieron por el hecho de que la asamblea revocara a través de una ordenanza las facultades que previamente le había conferido al gobernador y que ya habían generado efectos vinculantes para la entidad territorial, merced a la propuesta presentada en la

licitación y a la promesa de sociedad que, en legal forma y debidamente habilitado, había suscrito el gobernador del Cesar.

La negativa de la Asamblea del Cesar a autorizar al departamento para participar en la constitución de Fepaz S.A., si bien impedía jurídicamente la concreción de ese acto prometido, entrañó un incumplimiento de la entidad territorial que, aun cuando se tornó insuperable para los demás socios de la asociación adjudicataria, generaba en la licitación unos efectos previstos en la ley y distintos a los que ahora alega la parte demandante; efectos que consistían en la responsabilidad solidaria de los promitentes socios y en la sanción prevista en el artículo 30, numeral 12 del Estatuto de Contratación Administrativa, y no en la alegada obligación para Ferrovías de aceptar que la empresa concesionaria tuviera una composición y una distribución de capital distintas a las señaladas en la propuesta favorecida.

La Resolución N° 0378 de 1998 -aclarada mediante las Resoluciones 0395 y 0401 y confirmada con la Resolución N° 0739 de mismo año- declaró el incumplimiento del adjudicatario y como consecuencia, adoptó la medida prevista para ese evento en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993. Ese incumplimiento quedó demostrado en este proceso y se configuró en razón a que el departamento del Cesar –por conducto de su Asamblea- resolvió no atender las obligaciones que había asumido previamente, como ya se ha señalado en el presente análisis. Adicionalmente, aun cuando en el incumplimiento declarado por Ferrovías y probado en esta causa no tuvieron participación todos los promitentes socios de Fepaz S.A., lo cierto es que la conducta del departamento del Cesar –constitutiva de esa inobservancia de sus obligaciones contractuales- no los eximía de la responsabilidad solidaria e ilimitada que habían aceptado expresamente al presentar la propuesta y que, por si fuera poco, estaba prevista en el Código de Comercio y en la Ley 80 de 1993, como ya se señaló.

En ese mismo sentido, la conducta del departamento del Cesar, al generar su incumplimiento -en cuanto impidió que el gobernador honrara los compromisos asumidos por la entidad territorial-, no le era oponible a Ferrovías, antes ni después de expedir el acto de adjudicación del contrato licitado.

Con fundamento en lo anterior, se concluye que no prospera el segundo cargo de nulidad, expuesto por la sociedad Confianza S.A.

c) Tercer cargo: *“Indebida notificación”* de la Resolución N° 0378 de 1998 al departamento del Cesar.

La parte actora sostuvo que si bien la Resolución N° 0378 de 1998 le fue notificada al señor Richard May Cabrera como representante de la asociación adjudicataria y sociedad futura Fepaz S.A., tal notificación no quedó debidamente practicada respecto del departamento del Cesar, toda vez que el gobernador había revocado el poder conferido por esa entidad territorial al mencionado representante Richard May Cabrera. En esa medida, según la sociedad demandante, el departamento del Cesar no fue notificado del acto administrativo y, de contera, fue privado de su derecho a interponer recursos contra el mismo.

Frente a este planteamiento, debe advertir la Sala que, como lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, la falta de notificación del acto administrativo no genera su invalidez ni rompe la presunción de su legalidad, sino que da lugar a la ineficacia de la decisión en cuanto impide que esta produzca efectos frente al particular afectado<sup>26</sup>.

Ahora bien, dado que el poder ejercido por el señor Richard May Cabrera no se otorgó en forma individual por el departamento del Cesar sino conjuntamente por todos los promitentes socios de Fepaz S.A., le resultaba aplicable a tal mandato lo previsto en el artículo 1281 del Código de Comercio, según el cual, *“el mandato conferido por varias personas solo podrá revocarse por todos los mandantes, excepto que haya justa causa”*.

Por tanto, la revocatoria del poder mencionado por parte del gobernador del Cesar no podía serle oponible a Ferrovías en la forma ahora pretendida por la compañía de seguros Confianza S.A., menos aun cuando tal revocatoria de poder se encaminó a desconocer las obligaciones contractuales y legales previamente asumidas por la entidad territorial.

Por último, la Resolución N° 0378 de 1998 y los demás actos acusados, en cuanto dispusieron hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, generaron para la compañía de seguros la obligación de cubrir la totalidad del riesgo amparado, responsabilidad esta que permanece incólume, aun bajo el supuesto –no

---

<sup>26</sup> Véase al respecto la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera, el 20 de agosto de 1997, exp. N° 7231, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, consultar la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2007, exp. N° 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

configurado en el presente caso- de que el acto administrativo dejara de surtir efectos frente al tomador por falta de notificación a este.

En ese orden de ideas, se concluye que no prospera el tercer cargo de nulidad, planteado por la compañía aseguradora Confianza S.A.

d) Cuarto cargo: “Agravación del estado de riesgo”

Señaló la parte demandante que Ferrovías, al abstenerse de subsanar las irregularidades surgidas con ocasión del retiro del departamento del Cesar, no aceptar la conformación de Fepaz S.A. sin la participación de la entidad territorial y expedir las resoluciones acusadas, infringió el artículo 1060 del Código de Comercio, en cuanto indica que el asegurado está en la obligación de mantener el estado del riesgo y notificar al asegurador los hechos sobrevinientes y no previsibles que signifiquen la agravación de ese riesgo.

En tal sentido, afirmó que en el caso bajo análisis el objeto asegurado se había afectado “*de manera ostensible*” y reprochó que no se le informara de antemano a la compañía de seguros, la situación que se estaba presentando con el departamento del Cesar.

La norma invocada por la demandante, esto es, el artículo 1060 del Código de Comercio, establece:

*El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1 del artículo 1058, signifiquen la agravación del riesgo o variación de su identidad local.*

*La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si esta depende del arbitrio del asegurado o tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.*

*Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.*

*La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero solo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada (...).*

Tal disposición se aplica, naturalmente, al contrato de seguro, categoría a la cual pertenece la póliza constituida para amparar la seriedad de la oferta, garantía esta que, a su vez, se encuentra prevista en el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993 como una obligación para los proponentes que concurran a los procesos de selección de contratistas.

De tiempo atrás se ha señalado que la garantía de seriedad de la oferta *“corresponde a la figura de un seguro de cumplimiento”*<sup>27</sup> dado que, en virtud de tal negocio jurídico, el asegurador se obliga a responder por los perjuicios patrimoniales que el tomador –en este caso el proponente- le llegare a causar al asegurado –el Estado- como consecuencia de la inejecución de la obligación afianzada –la celebración del contrato estatal que se le llegare a adjudicar-. Con mayor razón hay lugar a asimilar la garantía de seriedad de la oferta al contrato de seguro de cumplimiento, cuando aquella se constituye precisamente a través de una póliza, como lo autorizaba expresamente el mismo artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993<sup>28</sup>, para la época de los hechos –aspecto que hoy se encuentra regulado por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.6-

No obstante, teniendo la póliza de seriedad de la oferta la naturaleza de un contrato de seguro, está igualmente sujeta a específicas reglas excepcionales del derecho público que prevalecen sobre las del estatuto de comercio, entre otras razones, porque su finalidad consiste en proteger el patrimonio del Estado y asegurar la celebración del contrato administrativo que, como tal, persigue la satisfacción del interés general y el logro de los cometidos estatales, por lo cual requiere que la convocatoria previa para la escogencia del contratista revista la mayor credibilidad, seriedad y seguridad.

Así, al analizar la exequibilidad de los artículos 25 y 30 de la Ley 80 de 1993 –en cuanto regularon lo relativo a la garantía de seriedad de la oferta-, la Corte Constitucional señaló<sup>29</sup>:

*... [L]a finalidad de las normas demandadas consiste en asegurar la suscripción del contrato estatal de que se trate luego de que la entidad contratante ha adelantado un proceso de selección dispendioso y oneroso,*

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de mayo de 2015, exp. N° 25000-23-26-000-2000-00472-01(28647). C.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz (E).

<sup>28</sup> Establecía la norma, en su inciso segundo: *“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias”*.

<sup>29</sup> Sentencia C-452 del 10 de junio de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*así como la reparación de los daños que cause el adjudicatario que se sustraiga a la obligación de suscribir el contrato. Desde esta perspectiva, puede asegurarse que, de manera general, y como lo ha manifestado la Corte en anterior oportunidad, las garantías establecidas en el régimen de contratación estatal, se fundan en ‘el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público’<sup>30</sup>.*

Sobre el carácter especial de las normas que regulan las garantías expedidas con ocasión de la actividad contractual del Estado –lo cual se extiende a la garantía de seriedad de la oferta, constituida en la etapa precontractual-, esta Corporación ha indicado<sup>31</sup>:

*... [L]os contratos de seguro celebrados en ejercicio de la actividad contractual estatal se constituyen en una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de éstos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista en su calidad de colaborador de la administración con ocasión de un determinado contrato celebrado con esta, para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales<sup>32</sup> (...).*

*... [A]tendiendo a la finalidad primordial de esta tipología especial de contrato tendiente a procurar la satisfacción de los intereses generales (...) y de preservar el patrimonio público, no solamente le son aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, sino también aquellas que de forma especial regulan algunos de sus aspectos en derecho público, consagradas fundamentalmente en los artículos 5° No. 4°, 18 inciso final, 25 No. 19<sup>33</sup>, 41 inciso segundo y 60 último inciso de La ley 80 de 1993, así como también los artículos 17 a 19 del Decreto 679 de 1994<sup>34</sup> (...).*

Con fundamento en lo hasta aquí señalado, la Sala concluye y reitera que, si bien la garantía de seriedad de la oferta reúne las características fundamentales de un contrato de seguro, celebrado entre el proponente –como tomador legalmente obligado a constituir la garantía- y el asegurador a favor del Estado que, en tal virtud, funge como asegurado y/o beneficiario de la póliza, es también cierto que la garantía de seriedad de la oferta entraña deberes y finalidades de orden público y, en esa medida, se sujeta a las reglas especiales previstas en el estatuto general de contratación pública, razón por la cual no tiene la virtud de obligar a la entidad estatal

---

<sup>30</sup> Cita transcrita: “Sentencia C-154/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell)”.

<sup>31</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. N° 73001-23-31-000-2008-00387-01(44468). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>32</sup> Cita transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 24.609”.

<sup>33</sup> Cita transcrita: “Este numeral se derogó expresamente por medio del artículo 32 de la ley 1150 de 2007”.

<sup>34</sup> Cita transcrita: “Este Decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 41287 del 29 de marzo de 1994”.

a garantizar o a procurar que el oferente cumpla con la suscripción del contrato y mantenga así la seriedad de su propuesta.

Por tanto, de la garantía de seriedad de la oferta no se deriva que a la entidad estatal le sea atribuible el incumplimiento del oferente que desatiende la obligación de celebrar el contrato adjudicado, especialmente porque tal omisión del adjudicatario no entraña, en manera alguna, una “agravación del riesgo” que se le pueda endilgar a la administración, sino, precisamente, una infracción o inobservancia de la cual solo es responsable la parte incumplida. Ello, por cuanto, en la relación negocial surgida del proceso de licitación y de la constitución de la póliza respectiva, el único sujeto llamado a garantizar el cumplimiento de sus propios deberes es el oferente que, al presentar la propuesta y reconocer así su carácter irrevocable, se obliga incondicionalmente a mantener la seriedad del ofrecimiento y a celebrar el contrato licitado en el evento en que se le adjudique. En esa medida, no hubo lugar a la infracción del artículo 1060 del Código de Comercio, invocada por la parte actora, toda vez que, se reitera, lejos de haberse evidenciado una “agravación del riesgo” por parte de Ferrovías, lo que quedó demostrado fue un incumplimiento del responsable de la garantía de seriedad de la oferta, incumplimiento cuyas consecuencias jurídicas no están previstas en la disposición invocada sino en las demás normas referidas anteriormente por la Sala. Menos aun puede señalarse la aplicabilidad del artículo 1060 del Código de Comercio, en cuanto prevé que la falta de notificación del riesgo produce la terminación del contrato de seguro por parte del asegurador, pues tal revocatoria unilateral del seguro resulta improcedente en el caso de la garantía de seriedad de la oferta, puesto que el artículo 25, numeral 19, inciso tercero de la Ley 80 de 1993 –aplicable en la época de los hechos– indicaba que, tratándose de pólizas expedidas en la contratación estatal, estas no expirarían “por revocatoria unilateral”<sup>35</sup>.

Es preciso reiterar que la garantía de seriedad de la oferta es tan irrevocable como la obligación que ampara –según lo ya analizado en los cargos precedentes–, de suerte que cualquier conducta del proponente, que implique riesgo de incumplimiento, le es imputable exclusivamente al oferente mismo, mientras que la responsabilidad patrimonial derivada de tal inobservancia se le traslada indefectiblemente al asegurador, sin que le sea oponible ni atribuible al Estado el irregular comportamiento del oferente que sin justa causa se abstiene de celebrar el contrato adjudicado.

---

<sup>35</sup> Esta proscripción de la revocatoria unilateral de la póliza está hoy contenida en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

La irrevocabilidad de la garantía de seriedad de la oferta también ha sido subrayada y explicada por la doctrina, en los siguientes términos<sup>36</sup>:

*Esta obligación (se refiere a la obligación de celebrar el contrato y constituir la garantía de seriedad que ampara tal deber) es precontractual, pues surge de la manifestación unilateral de la voluntad del proponente<sup>37</sup>, y generalmente se denomina irrevocabilidad de la oferta por virtud del artículo 846 del C. de Co. Esta norma resulta aplicable al proceso licitatorio donde el aviso de convocatoria es un llamado o ‘invitación’ de la entidad a hacer ofertas, con el fin de aceptar la mejor de tales ofertas mediante el acto administrativo de adjudicación. La anterior es una regla especial frente al artículo 1071 del Código de Comercio, pues por regla general el contrato de seguro es revocable por cualquiera de las partes, salvo pacto en contrario; solo que en este en tipo de garantías ‘el acreedor de la obligación garantizada requiere certeza sobre la permanencia de la misma, lo cual explica que la irrevocabilidad se predique de este tipo de seguros’<sup>38</sup>.*

En otras oportunidades, la jurisprudencia se ha referido a la obligación que por regla general le corresponde al asegurado, de demostrar la ocurrencia del siniestro y el monto de la pérdida, según lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio, y a la inaplicabilidad de tal disposición respecto de las garantías expedidas para amparar el cumplimiento del contrato estatal. En torno a este aspecto, esta Corporación ha sostenido<sup>39</sup> que en materia de contratación pública, la entidad

---

<sup>36</sup> DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina. “Garantía de seriedad de la oferta: contrato privado con elementos ‘extraños’ a dicho régimen”. En: Revista de Derecho Privado [en línea], Bogotá, septiembre de 2009. Consultado por última vez el 16 de julio de 2018. Recuperado del enlace: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033199003>.

<sup>37</sup> Cita transcrita: “DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel (1995). *Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Editado por Colombo Editores. Bogotá, Colombia. Primera Edición. p. 61”.

<sup>38</sup> Cita transcrita: “DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel (1995). *Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Editado por Colombo Editores. Bogotá, Colombia. Primera Edición. p. 57. Estas apreciaciones las hizo el autor sobre el seguro de cumplimiento, pero resultan plenamente aplicables a la garantía única de seriedad de la propuesta”.

<sup>39</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. N° 73001-23-31-000-2008-00387-01(44468). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Se explicó en esa oportunidad: “De esta forma, se ha entendido que en tratándose de contratos de seguro celebrados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la celebración de un contrato estatal, el referido artículo 1077 del Código de Comercio tiene una aplicación matizada, pues el asegurado o beneficiario con la Póliza constituida, en estos casos la entidad estatal, no se encuentra obligada a demostrar ante la compañía aseguradora ni la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del perjuicio, sino que tiene la potestad de declarar su ocurrencia y fijar el monto de los perjuicios respectivos mediante un acto administrativo unilateral debidamente motivado, ello de conformidad con lo dispuesto en los referidos numerales 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A.

*“Así lo ha precisado la Sección Tercera de esta Corporación al señalar que dentro del régimen de garantías, una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en desarrollo de la actividad contractual es la de declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo unilateral debidamente motivado, potestad que se deriva de lo previsto en los No. 4º y 5º del artículo 68 del C.C.A. y la cual puede ejercer durante la vigencia de la respectiva póliza que se trate.*

*“En los términos expuestos, se entiende que el contrato de seguro que se celebra con la administración difiere de aquel celebrado entre particulares, pues una vez que ocurre el siniestro la administración no tiene la obligación de acudir ante la aseguradora para que esta así lo reconozca, sino que a la entidad estatal se le*

estatal beneficiaria de la garantía no se encuentra obligada a demostrar ante el asegurador la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del perjuicio; ello también como una derivación o consecuencia de lo previsto en el artículo 68, numerales 4 y 5 del C.C.A., en cuanto indica que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado los contratos, las pólizas y demás garantías que otorguen los contratistas a favor de la administración contratante, así como *“las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto”*, como es el caso de la garantía que afianza la seriedad de la oferta en la licitación como la que aquí se examina.

Este criterio resulta válido y pertinente en el presente caso, puesto que el artículo 68, numerales 4 y 5 del C.C.A., interpretado en armonía con el inciso tercero del artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, anteriormente citado, no solo matiza a favor del Estado las obligaciones que se prevén para el asegurado en el artículo 1077 del Código de Comercio, sino también las que se le imponen en el artículo 1060 del mismo estatuto, norma esta que invoca la parte actora en el cargo de nulidad referido.

Ahora bien, reitera la Sala que, contrario a lo afirmado por los demandantes en el presente litigio, el departamento del Cesar estaba obligado a honrar y mantener los compromisos que había asumido al suscribir la oferta y la promesa de constitución de sociedad y, si bien la ausencia de autorización para firmar la escritura pública del contrato de sociedad le impedía al representante legal celebrar ese negocio jurídico, fue el propio departamento del Cesar el que se puso en tal imposibilidad jurídica, la cual no se le puede trasladar al Estado, por las razones que ya se han señalado en el análisis aquí efectuado por la Sala.

Como consecuencia, se concluye que no prospera el cuarto cargo de nulidad, formulado por la compañía de seguros Confianza S.A.

### **3.2.2. Cargos de nulidad formulados por el departamento del Cesar en el proceso N° 1999-00149**

Al exponer en la demanda los cargos de nulidad, el departamento del Cesar censuró en primer lugar la Resolución N° 0052 de 1998, por la cual se le adjudicó a la asociación proponente Fepaz S.A. el contrato objeto de la Licitación Pública 001 de

---

*otorga la posibilidad de declarar unilateralmente su ocurrencia mediante un acto administrativo que se presume legal”.*

1997; acto administrativo cuya legalidad, se reitera, ya fue examinada y resuelta por esta jurisdicción en sentencia del 30 de junio de 2016, la cual tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, según lo expuesto en el respectivo acápite de esta providencia.

No obstante, la entidad territorial señaló que los cargos de nulidad planteados en el libelo también les resultaban aplicables a las Resoluciones 0378, 00395, 0401 y 0739 de 1998 (fl. 20, c.2). Por tanto, la Sala entrará a analizar las causales de nulidad alegadas por el departamento del Cesar, únicamente frente a los indicados actos administrativos, mediante los cuales Ferrovías declaró el incumplimiento de la adjudicataria Fepaz S.A., revocó la adjudicación del contrato y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, como ya ha quedado establecido. En esa medida, se examinará si las aludidas decisiones adoptadas por la entidad demandada infringieron las normas invocadas por la parte actora, pero se abstendrá de emitir pronunciamiento sobre los reproches específicamente formulados contra la decisión de adjudicación.

Pues bien, el departamento del Cesar señaló que las resoluciones acusadas eran contrarias al artículo 2 de la Constitución Política en cuanto no se orientaban a asegurar la *“vigencia de un orden justo”*, e infringían los artículos 6 y 209 constitucionales, por haberse expedido tales actos con extralimitación de las funciones de los servidores públicos y con desconocimiento de los principios de la función administrativa. Ello por cuanto, según la parte actora, Ferrovías tenía conocimiento previo de que el gobernador del Cesar se encontraba *“inhabilitado para contratar”*, merced a la supuesta falta de autorización por parte de la Asamblea Departamental y a la alegada ausencia de disponibilidad presupuestal del departamento, de suerte que el ente demandado no debió *“declarar el incumplimiento de un proponente que estaba inhabilitado”* ni señalar, en tal virtud, que le era exigible la celebración de la concesión (fl. 15, c.2).

Agregó que la entidad demandada también había desatendido lo dispuesto en el artículo 8, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, al no aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal e imponerle la celebración del contrato estatal a un oferente que, insistió, estaba inhabilitado para ese efecto, merced a la ausencia de la autorización exigida en el artículo 300, numeral 7 de la Constitución Política y a la inexistencia de la disponibilidad presupuestal que la ley

le exigía al departamento para adelantar contrataciones como la controvertida en la demanda.

Al respecto, la Sala debe reiterar que para la fecha de expedición de la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998, habían nacido a la vida jurídica y se encontraban aún vigentes las obligaciones que válidamente había asumido el departamento del Cesar durante la Licitación Pública N° 001 de 1997, toda vez que la presentación de la propuesta y el contrato de promesa de sociedad fueron actos legalmente celebrados y suscritos por el gobernador, quien obró bajo la debida autorización, otorgada mediante Ordenanza N° 010 del 7 de mayo de 1997 y, asimismo, la Resolución N° 0052 del 29 de mayo de 1998 –cuya presunción de legalidad no se desvirtuó- generó para el departamento y para los demás integrantes de la asociación adjudicataria, la obligación de constituir la sociedad con la cual Ferrovías, finalmente, habría de celebrar el contrato de concesión.

Por tanto, una vez en firme la Resolución de adjudicación N° 0052 de 1998, Ferrovías tenía la facultad legal de exigirle al proponente seleccionado el cumplimiento de la obligación de celebrar el contrato, al amparo del artículo 30, numerales 11 y 12 de la Ley 80 de 1993. En esa medida y, configurado el supuesto de la norma mencionada, esto es, la no suscripción del contrato estatal por parte del adjudicatario, resultaba claro que Ferrovías debía declarar ese incumplimiento y hacer efectiva la correspondiente garantía contra todos los miembros del oferente incumplido, sin excepción, dado que la responsabilidad que los cobijaba era de carácter solidario e ilimitado.

Ahora, también resulta claro –igualmente se reitera- que la Asamblea Departamental del Cesar derogó la Ordenanza N° 043 del 19 de diciembre de 1997, mediante la cual había autorizado al gobernador para constituir la sociedad concesionaria de la licitación adelantada por Ferrovías. Esa negativa expresa a autorizar la conformación de la empresa concesionaria impedía, sin duda, que el gobernador concurriera a celebrar el respectivo contrato de sociedad, pues es palmario que el artículo 300, numeral 7 de la Constitución Política señala como función de las asambleas departamentales autorizar la conformación de sociedades de economía mixta, requisito este que, en tal virtud, resulta esencial para la existencia de esa clase de entidades, de suerte que la falta o ausencia de esa autorización impide la celebración del negocio jurídico.

Sin embargo, en el caso concreto, esa circunstancia constituyó, en sí misma, un incumplimiento del departamento del Cesar –al margen de las razones internas de índole administrativa, política o presupuestal que hubieran llevado a la asamblea a obrar como lo hizo-, incumplimiento que no le era oponible en forma alguna a Ferrovías y que, por otro lado, no entrañaba la inhabilidad que equivocadamente alegó la parte actora en el presente juicio.

En efecto, no porque el departamento del Cesar careciera de autorización para participar en la constitución de la sociedad Fepaz S.A. incurriera su gobernador en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad, pues las causales previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para esa categoría de prohibiciones son taxativas<sup>40</sup> y en ellas no se enuncia que la inexistencia de la autorización exigida en el artículo 300, numeral 7 superior inhabilite al representante legal de la entidad territorial para contratar con otra autoridad pública. Adicionalmente, tales causales solo operan tratándose de contratación con el Estado y no frente a los contratos que se celebren con particulares –como los promitentes accionistas privados de sociedades de economía mixta-.

Cosa distinta era que, al no autorizarse en el caso concreto la conformación de la sociedad de economía mixta, se omitía un requisito –constitucional- necesario para la existencia de tal estamento lo cual, a su vez, derivaba indefectiblemente en la imposibilidad de celebrar el contrato de concesión, hecho este que fue el que motivó la expedición de los actos acusados. Pero tal imposibilidad no provino de una causal de inhabilidad que pudiera predicarse del gobernador del Cesar y que mucho menos pudiera eximir al departamento de su responsabilidad solidaria frente a Ferrovías y frente a los demás socios de la prometida empresa Fepaz S.A., sino que surgió por una contingencia de orden administrativo, generada exclusivamente por la voluntad de la entidad territorial, de no proseguir con los compromisos asumidos al participar en la licitación y al celebrar la promesa de sociedad.

---

<sup>40</sup> Respecto del carácter taxativo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, esta Corporación ha señalado: *“Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos en relación con la contratación estatal, están previstas en la Ley 80 de 1.993, de manera general, y en algunos otros estatutos con carácter especial para determinadas actividades, en forma taxativa y son de aplicación restrictiva. Es decir que no pueden alegarse inhabilidades o incompatibilidades que no correspondan en un todo a las conductas descritas y penalizadas por el legislador”* (Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de fecha 18 de junio de 2004, exp. N° 1578. C.P. Susana Montes de Echeverri).

Por su parte, la Corte Constitucional señaló: *“El legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos”* (Sentencia C-200-de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

De igual manera, le era inoponible a Ferrovías la supuesta falta de presupuesto del departamento del Cesar para hacer los aportes de capital referidos en el contrato de promesa, aspecto este que solo fue expuesto por el gobernador cuando ya se había presentado una propuesta licitatoria que había afirmado y garantizado la capacidad económica del proponente y de sus integrantes, y cuando ya se había suscrito una promesa de sociedad con efectos obligacionales para todas las partes, frente a Ferrovías, en el marco de la Licitación Pública N° 001 de 1997; de suerte que, habiendo surgido para el departamento del Cesar tales obligaciones –constituir la sociedad prometida, mantener la oferta y fungir como socio de la empresa adjudicataria que debía celebrar el contrato de concesión-, la entidad territorial no podía eximirse de estas frente a Ferrovías so pretexto de las inconsistencias presupuestales alegadas, las cuales, si bien podrían tener implicaciones en el desarrollo de la contratación, entrañaron el incumplimiento que, como ya se ha dicho, solo le era imputable al mismo departamento del Cesar y generaba la responsabilidad solidaria de este y sus socios, a favor de la entidad estatal convocante.

Cabe recalcar que los actos de las asambleas departamentales, aun revestidos de presunción de legalidad, comprometen la responsabilidad del departamento frente a terceros, de suerte que no resulta de recibo en el presente caso que el departamento del Cesar aduzca las decisiones de su Asamblea como motivo válido para no cumplir sus obligaciones frente a Ferrovías y como razón jurídica para eximirse de la responsabilidad que la ley prevé para ese incumplimiento en el que incurrió por su propia conducta. En este punto, se le recuerda al departamento del Cesar que en el ordenamiento jurídico colombiano opera a plenitud el principio del derecho que establece que nadie puede alegar su propia culpa para su propio beneficio, razón que, aunada al precedente análisis, implica que no prosperan los cargos de nulidad que formuló contra la Resolución N° 0378 del 29 de mayo de 1998 y los actos administrativos que la aclararon y confirmaron.

### **3.2.3. Cargos de nulidad formulados por los demandantes en el proceso N° 1999-00158**

Las sociedades Dragados y Construcciones S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Rail India Technical & Economic Services –Rites Ltd.- refirieron como normas violadas por los actos enjuiciados, los artículos 6, 83, 121 y 209 de la

Constitución Política, 3 y 24 de la Ley 80 de 1993 y 863 del Código de Comercio. Con fundamento en ello, formularon los siguientes cargos de nulidad:

a) Primer cargo: *“desvío de poder”*

Sostuvo la parte demandante que si bien resultaba acertada la decisión de adjudicar el contrato a Fepaz S.A. puesto que su propuesta era legalmente válida y la más favorable para Ferrovías, era igualmente cierto que la entidad estatal conocía de antemano las irregularidades surgidas en torno a la situación jurídica del departamento del Cesar, de suerte que al adjudicar la licitación pese al retiro previo de ese participante, la entidad manifestó tácitamente que tal dimisión no resultaba relevante ni tenía incidencia en la calidad de la propuesta. Por tanto, en sentir de la parte actora, Ferrovías debió mantener esa postura después de la adjudicación y autorizar la conformación de la sociedad adjudicataria sin el departamento del Cesar.

Afirmó, igualmente, que la no participación del Cesar en la composición societaria de Fepaz S.A. mejoraba la capacidad financiera del proponente, dado que el patrimonio del departamento se encontraba *“en déficit”*, razón por la cual, en su sentir, al mantener la exigencia de que la adjudicataria fuera constituida con inclusión de la entidad territorial, Ferrovías desconoció los fines de la contratación estatal y de las actuaciones administrativas. En particular, la actora invocó los principios previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 24, numeral 5, literal d) de este mismo estatuto.

Señaló que Ferrovías debió prever que el retiro manifestado por el gobernador y la Asamblea del Cesar obedecía a motivos políticos e imposibilitaría la conformación de la sociedad prometida, no obstante lo cual, la entidad insistió en exigir la permanencia de ese departamento como miembro de Fepaz S.A. Partiendo de esta premisa, aseveró que la adjudicación fue decidida por la entidad demandada *“con la tranquilidad que le daba el contar con la garantía de seriedad de la oferta”*, de suerte que, al adjudicar una concesión cuya celebración era inviable y luego revocar esa decisión, Ferrovías no buscó la satisfacción del interés general sino que persiguió su propio interés patrimonial.

Por otro lado, invocó los artículos 6, 121 y 209 de la Constitución Política, en cuanto consagran los principios de legalidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía e imparcialidad, afirmando que Ferrovías obró en contra de los postulados allí

contenidos *“al no haber permitido la variación de la conformación del proponente”* e imponerles a los demás miembros de Fepaz S.A., cargas de imposible ejecución.

Con respecto al primer punto aquí expuesto por la parte actora, relativo al supuesto deber de Ferrovías de autorizar la conformación de la sociedad adjudicataria sin el departamento del Cesar, la Sala debe reiterar lo expuesto en el análisis de los cargos formulados por la sociedad Confianza S.A., en cuanto se concluyó que el retiro expresado por el gobernador del Cesar –constitutivo de incumplimiento- no obligaba a la entidad estatal convocante de la licitación a aceptar que la adjudicataria modificara la distribución del capital ni la composición societaria, presentadas en la propuesta.

Como ya lo ha recalcado la Sala, la oferta era irrevocable para todos los miembros de Fepaz, incluyendo el departamento del Cesar, puesto que así estaba establecido en el artículo 846 del Código de Comercio y en el artículo 30, numerales 11 y 12 de la Ley 80 de 1993. En esa medida, la consecuencia jurídica de la retractación del proponente –o de uno de sus miembros- no consistía en el deber de Ferrovías de rechazar la oferta, como tampoco el de aceptar que, una vez adjudicado el contrato, el proponente favorecido modificara su propia situación jurídica y económica con ocasión del incumplimiento voluntario e injustificado de uno de sus integrantes.

Lo que sí se derivaba de tal retractación, por disposición de la ley –artículos 119 del Código de Comercio y 7 de la Ley 80 de 1993- y del mismo pliego de condiciones, era la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los promitentes socios de Fepaz, responsabilidad que se originó en la conducta adoptada por el departamento del Cesar, la cual, aunque no les fue materialmente atribuible a los demás socios, sí hizo recaer sobre estos la sanción prevista en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, consistente en perder el valor amparado con la garantía de seriedad de la oferta; pero en forma alguna resultaba de ello que Ferrovías tuviera que aceptar tal incumplimiento y desconocer los efectos legales previstos en el estatuto general de contratación pública.

En este punto, nuevamente recalca la Sala que, con la presentación de la propuesta y la celebración de la promesa de sociedad –actos estos para los cuales el gobernador del Cesar estuvo debidamente autorizado-, surgieron para el departamento unas obligaciones jurídicas que permanecieron incólumes y que no pudieron simplemente extinguirse con lo dispuesto por la Asamblea Departamental en la Ordenanza N° 04 de 1998 –que derogó las facultades previamente conferidas

al gobernador para conformar la sociedad prometida-, acto administrativo que, si bien, cerraba el camino para que el Cesar participara en la constitución de la sociedad adjudicataria, configuró frente a la licitación y a la entidad estatal convocante un incumplimiento de obligaciones ya existentes, incumplimiento que, como tal, no le era imputable al ente afectado ni generaba para este los supuestos deberes que alegan las empresas demandantes.

Ahora, el segundo aspecto que en este cargo esboza la parte actora, tiene que ver con el supuesto desconocimiento por parte de Ferrovías, de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal –previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y en los artículos 3 y 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993-, al exigir que la sociedad Fepaz S.A. fuera constituida con el departamento del Cesar, pese a que su retiro mejoraba la capacidad financiera del adjudicatario, ya que el patrimonio del Cesar se encontraba “*en déficit*”. Sin embargo, este déficit no fue demostrado en el proceso, como tampoco la circunstancia de que la dimisión del Cesar mejoraba la capacidad financiera de Fepaz S.A. y, en todo caso, aun si estuvieran probados estos aspectos en el proceso, de ello no resultaba que Ferrovías hubiera tenido la obligación de autorizar cambios en la composición de la sociedad adjudicataria.

Como lo señaló anteriormente la Sala, al suscribir y presentar la propuesta en la Licitación 001 de 1997, el departamento del Cesar adujo y reconoció su capacidad económica para efectuar los aportes de capital comprometidos con cargo a su patrimonio en el contrato de promesa de sociedad. De tal acto y de esa manifestación allí contenida, surgió legalmente para la entidad territorial la obligación de mantener la oferta y de cumplir la promesa referida, de suerte que, si con posterioridad al surgimiento de tales obligaciones y en el plano interno, la administración departamental advirtió la existencia de falencias presupuestales que le impedían satisfacer los compromisos ya adquiridos con terceros, tal circunstancia no se le podía trasladar a Ferrovías, menos aun cuando ya se encontraba en firme la resolución de adjudicación del contrato.

Adicionalmente, ni las reglas de la contratación pública ni las demás normas del ordenamiento jurídico obligan a las entidades estatales a aceptar modificaciones de las propuestas ni de la naturaleza jurídica o conformación de los oferentes, antes ni después del acto de adjudicación. Por el contrario, recalca nuevamente la Sala que la oferta presentada en la licitación es irrevocable, según las voces del artículo 30,

numerales 8<sup>41</sup>, 11 y 12 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual en el presente caso no resulta de recibo el planteamiento de la parte actora, en cuanto aduce que Ferrovías no debió declarar el incumplimiento de la adjudicataria Fepaz S.A. sino admitir que esta se constituyera en una forma distinta a la señalada en la propuesta.

Por tanto, no existe mérito para señalar que las resoluciones acusadas, en cuanto declararon incumplimiento de Fepaz S.A. comprometiendo a todos sus integrantes, desconociera los principios y fines de la función administrativa y de la contratación estatal, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política y en los artículos 3 y 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, ante la alegada falta de presupuesto del departamento del Cesar y frente al hecho de que esa anomalía conllevara a la asamblea a no autorizar la conformación de la sociedad de economía mixta, Ferrovías obró de conformidad con los fines de la contratación estatal y en defensa del patrimonio público, declarando el incumplimiento que sobrevino con ocasión de las contingencias administrativas del departamento del Cesar y de la no firma del contrato de sociedad por parte de este y de otros tres miembros de la asociación adjudicataria.

En ese mismo sentido, se evidencia que no existe fundamento alguno para sostener que Ferrovías resolvió hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta de Fepaz con propósitos distintos al logro de los cometidos estatales y a la satisfacción del interés general. La obligación contenida en la Resolución de adjudicación N° 0052 de 1998 era palmaria y había nacido a la vida jurídica con arreglo al ordenamiento legal –según lo que se viene de señalar- y, al no haberse cumplido la misma por parte del adjudicatario, al margen de la causa material de tal incumplimiento -que no le era imputable a Ferrovías sino al departamento del Cesar-, ello acarreaba por ministerio de la ley, la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la mencionada oferente, en los términos expuestos en los actos acusados.

Por otro lado, no es procedente que las sociedades demandantes, en cuanto integrantes de la adjudicataria Fepaz S.A., aduzcan la ilegalidad de las resoluciones que declararon su incumplimiento con fundamento en que Ferrovías conocía de antemano las irregularidades presentadas con el departamento del Cesar, por lo cual, según su dicho, ni siquiera debió considerar la adjudicación del contrato. En este punto, cabe recordar que antes de la adjudicación, el representante de Fepaz

---

<sup>41</sup> Se indica en el mencionado numeral: *“Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad (...) para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.*

fue informado sobre el retiro expresado por el departamento del Cesar, frente a lo cual, en comunicaciones del 16 y del 22 de mayo de 1998, insistió en que se le adjudicara el contrato licitado (fls. 144 al 148, c.28). En esa medida, no les es dable a los miembros de la adjudicataria Fepaz señalar que es nula la resolución que declaró su incumplimiento, cuando la omisión sancionada por Ferrovías se originó en un hecho -el retiro del departamento del Cesar- conocido por ellos también desde antes de la adjudicación, la cual, no obstante, solicitaron por escrito cuando se les puso de presente esa dimisión manifestada por el gobernador.

En ese orden de ideas, no prospera el primer cargo de nulidad, formulado por la parte actora dentro del proceso N° 1999-00158.

b) Segundo cargo: *“caso fortuito – hecho de un tercero”*

Afirmó la parte demandante que el retiro del departamento del Cesar y la negativa de su asamblea para autorizar la constitución de la sociedad anónima concesionaria constituyeron un caso fortuito de carácter imprevisible e irresistible para los demás integrantes de la sociedad futura Fepaz S.A. En punto de ello, señaló que tal circunstancia eximía de responsabilidad a la asociación adjudicataria, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 95 de 1890.

La norma invocada por la parte actora, establece:

*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*

Vale la pena señalar que, al margen de la distinción que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito<sup>42</sup>, lo que se advierte en el presente caso es que las sociedades demandantes pretenden aducir una causa extraña que, en su sentir, debió ser tenida en cuenta por Ferrovías para eximir a los promitentes socios de Fepaz S.A. de la declaratoria de incumplimiento contenida en los actos acusados, por cuanto, en su criterio, tal incumplimiento solo provino de la conducta del departamento del Cesar.

Sin embargo, el retiro del departamento del Cesar no reúne los elementos de una causa extraña capaz de exonerar a los demás socios de Fepaz S.A., de la responsabilidad solidaria que asumieron en el contrato de promesa y en la

---

<sup>42</sup> Véase al respecto, entre otras, la sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, dictada el 29 de agosto de 2016. Expediente N° 17001233100020030131801(38155), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

presentación de la oferta licitatoria. Asimismo, no porque esa dimisión fuera imposible de resistir para los demás integrantes afectados, podía romperse la presunción de legalidad de la Resolución N° 0378 de 1998 y de los demás actos acusados.

Como se señaló, la dimisión del departamento de Cesar fue conocida por todos los socios de Fepaz S.A. antes de la adjudicación del contrato, pese a lo cual le insistieron a Ferrovías, a través de su representante, que adjudicara el contrato a esa oferente por haber obtenido el mayor puntaje y haber sido calificada en primer lugar en la evaluación de las propuestas. De contera, es claro que la conducta del departamento del Cesar no era imprevisible para los demás socios de la asociación adjudicataria, imprevisibilidad tal que, como se desprende del tenor literal de la norma en cita, es el primer elemento o característica que se requiere para que el hecho alegado por el deudor –o por el afectado con la declaratoria de incumplimiento- lo exima de responsabilidad.

Tampoco hay lugar a señalar que el departamento del Cesar era “*un tercero*”, en la relación negocial que existía entre Ferrovías y las sociedades que hacían parte de Fepaz S.A., pues la participación de tales compañías en la licitación pública que culminó con la selección de esa oferente, tuvo su origen en un contrato de promesa de sociedad en el cual fue parte el indicado departamento y generaba la responsabilidad solidaria de todos y cada uno de los firmantes de ese acuerdo de voluntades, frente a acreedores como la entidad estatal Ferrovías, de conformidad con el artículo 119 del Código de Comercio, ya referido.

Ahora, la ausencia de culpa de los restantes integrantes de Fepaz S.A. en el hecho que configuró el incumplimiento declarado por Ferrovías no podía generar la nulidad de los actos acusados ni le impedía a la entidad estatal hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, por cuanto la responsabilidad solidaria ya señalada habilitaba al Estado para adoptar las decisiones que ahora censura la parte actora. Ello, no obstante, sin perjuicio de la subrogación consagrada en el artículo 1579 del Código Civil<sup>43</sup>, a favor de los socios afectados con la sanción de efectividad de la garantía de la póliza ni de las acciones de estos contra el integrante que por su culpa, dio lugar a tal medida patrimonial.

---

<sup>43</sup> “El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que no prospera el segundo cargo de nulidad, formulado por los demandantes del proceso N° 1999-00158<sup>44</sup>.

### **3.2.4. Cargos formulados en el proceso N° 1999-00536**

Las empresas CB Transportes S.A., Gas, Petróleo y Derivados de Colombia - Petrocolombia S.A., Transportación Marítima Grancolombiana S.A. (sucedida procesalmente por TMG Overseas S.A.), Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A., Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario STF S.A. y CB Inversiones Colombia S.A. (que posteriormente obró también como cesionaria de los derechos litigiosos de STF S.A.) –demandantes en el presente asunto, en tanto integraron en su momento la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.- formularon contra los actos demandados los siguientes cargos de nulidad:

a) Primer cargo: *“violación de norma superior”*

La parte actora manifestó, en efecto, que las Resoluciones 0378, 0395, 0401 y 0739 de 1998 infringían las normas en que debían fundarse, particularmente el numeral 3.26 del pliego de condiciones, en el cual se había dispuesto, según su dicho, que si el proponente seleccionado no celebraba el contrato de concesión, Ferrovías debía adjudicarlo al oferente que hubiera ocupado el segundo lugar de elegibilidad. En respaldo de este planteamiento, reprodujo y resaltó el siguiente apartado del instrumento licitatorio:

*... En el acto de revocatoria de la primera adjudicación se efectuará la adjudicación sustitutiva al segundo PROPONENTE (...).*

En punto de ello, la parte demandante refirió la obligatoriedad y el carácter vinculante de los pliegos de condiciones, tanto para los proponentes como para la entidad estatal titular de la respectiva contratación. Igualmente señaló que, si bien el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993 solo establecía de manera facultativa y no obligatoria para la entidad la adjudicación sustitutiva a favor del segundo proponente, lo cierto era que en el caso concreto, Ferrovías había ejercido ese derecho de opción imprimiéndole un carácter imperativo y forzoso en el pliego de

---

<sup>44</sup> Aunque la parte actora en el proceso N° 1999-00158 refirió –en la reforma de la demanda- un hecho relacionado con la supuesta expedición de las Resoluciones 0356 y 442 de 1999, en las cuales, según se indicó, Ferrovías declaró la justa causa del incumplimiento derivado de la no celebración del contrato a favor de las indicadas compañías demandantes, lo cierto es que este aspecto no fue referido, refutado ni controvertido por ninguna de las demás partes en el curso de la actuación procesal, como tampoco fue objeto de prueba ni fue materia de impugnación en ninguno de los recursos de apelación.

condiciones, en cuanto plasmó allí la obligación para la misma entidad estatal, de adjudicar el contrato al oferente calificado en segundo lugar.

Al respecto, la Sala precisa lo siguiente:

Al tenor del artículo 30, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, en el pliego de condiciones elaborado por la entidad estatal que adelanta el proceso de selección, deben detallarse los aspectos relativos al objeto del contrato, *“su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes”* y los criterios y factores de escogencia, entre otros aspectos. En armonía con lo anterior, el artículo 24 del mismo estatuto dispone cuál debe ser el contenido de los pliegos de condiciones (numerales 5 y 6), señalando que estos deben establecer los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso, definir reglas claras y justas que aseguren la escogencia objetiva, establecer con precisión las condiciones de costo y calidad del objeto contractual y fijar *“las reglas de adjudicación del contrato”*.

Luego, resulta claro que, por contener reglas, condiciones, requisitos y lineamientos establecidos por la autoridad estatal contratante y, por tener estos incidencia directa en la licitación pública, en la situación de los oferentes y en la misma contratación, el pliego de condiciones es un acto administrativo que, como tal, debe ser acatado por los destinatarios y por la misma entidad pública, lo cual hace manifiesto su carácter obligatorio y vinculante para todas las partes intervinientes en las etapas precontractual y contractual, como de tiempo atrás lo ha reconocido la jurisprudencia<sup>45</sup>.

Sin embargo, justamente en razón de su naturaleza, los pliegos de condiciones deben sujetarse al ordenamiento jurídico, particularmente a las normas de superior jerarquía, vale decir, la ley, el reglamento<sup>46</sup> y la Constitución. Ello, no solo por el principio de legalidad que deben observar todas las decisiones de la administración, sino también porque el Estatuto General de la Contratación Pública advierte

---

<sup>45</sup> *“... [E]l pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general de suma importancia, como quiera que contiene todas aquellas reglas vinculantes tanto para la administración como para los oferentes en el proceso de selección del contratista (...). [E]l carácter vinculante es una de sus características principales, tanto que se ha denominado ‘ley de la licitación’ y ‘ley del contrato’ al regular no solo la etapa de formación del acuerdo de voluntades (...) sino también las relaciones entre las partes cuando el contrato ya ha sido celebrado, de ahí que se diga que es una verdadera fuente de derechos y obligaciones hasta el momento de la liquidación”* (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008, exp. N° 17783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar).

En el mismo sentido, consúltese, entre otras, la sentencia del 5 de junio de 2008, exp. N° 8431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>46</sup> Los decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria.

expresamente que los pliegos de condiciones deben ceñirse a lo allí dispuesto<sup>47</sup> y, asimismo, define los principios de la contratación estatal y las reglas generales a las cuales debe ajustarse esta actividad, aun en la fase previa, en la cual son de imperativa observancia aspectos como el deber de selección objetiva y la escogencia de la oferta más favorable para la entidad pública, con miras al logro de los fines estatales.

Lo anterior conlleva a que las reglas fijadas en el pliego de condiciones deban interpretarse de manera armónica con las leyes y demás normas superiores que regulan la contratación estatal<sup>48</sup> y, que igualmente hayan de aplicarse tales pliegos en la forma que mejor se ajuste a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a las cuales se sujetan.

Por tanto, en el presente caso, la regla invocada por la parte actora y contenida en el pliego de condiciones de la Licitación Pública N° 001 de 1997 debe ser analizada a la luz de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, estatuto vigente y aplicable al caso concreto en la época de expedición de los actos administrativos acusados.

Ahora bien, las consecuencias que se generan para el segundo proponente ante la eventualidad de que el participante favorecido no suscriba el contrato estatal están previstas en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, norma esta según la cual:

*Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante (...) el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la oferta (...).*

*En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.*

Así entonces, no lográndose la celebración del contrato con el adjudicatario inicialmente seleccionado, la ley le otorga a la entidad, además de la garantía

---

<sup>47</sup> Indica el artículo 24, numeral 5, último inciso de la Ley 80 de 1993: “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

<sup>48</sup> En efecto, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, dispone: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas (...), se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos

respectiva, la opción de adjudicarle el negocio jurídico al oferente calificado en segundo lugar. La razón por la cual el legislador determinó que esa posibilidad no fuera obligatoria sino facultativa para la autoridad pública puede desentrañarse del tenor literal de la misma disposición: esa posibilidad de celebrar el contrato con el segundo oferente solo puede concretarse *“siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”*.

A su turno, la escogencia de la oferta más favorable para la entidad es el fin principal y por excelencia de los procesos de selección establecidos en la Ley 80 de 1993. Esa es la *ratio juris* del deber de selección objetiva que el estatuto general de contratación estatal les impone a las entidades públicas, de manera especial en el artículo 24, numeral 8 de la misma ley, norma esta que obliga a las autoridades a actuar *“exclusivamente para los fines previstos en la ley”* y les prohíbe, precisamente, *“eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos”* previstos en el referido estatuto. Ello obedece a que el criterio de mayor favorabilidad de la oferta se orienta al logro de los objetivos de la contratación pública, especialmente *“el cumplimiento de los fines estatales”*, tal y como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Al mismo tiempo, la selección de la propuesta más favorable es justamente el acto en que se concreta el deber de selección objetiva. En efecto, en el período de ocurrencia de los hechos, la obligación de seleccionar la propuesta más favorable para la autoridad pública se encontraba establecida en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

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

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

*El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones*

*del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

La selección objetiva, por tanto, se cumple cuando se escoge la oferta más favorable, y es un deber que ha de ser observado con estrictez en toda adjudicación, incluyendo aquella que se haga en ejercicio del derecho de opción previsto por el legislador para cuando ocurra el supuesto al que se refiere el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior significa, correlativamente, que el deber de selección objetiva no desaparece por el hecho de que el adjudicatario no celebre el contrato estatal, pues justamente con tal omisión debe entenderse que aún subsiste la necesidad de satisfacer el interés público o general que se pretendía garantizar con el negocio jurídico y que, en esa medida, debe procurarse que la propuesta del adjudicatario sustitutivo tenga la misma vocación que la oferta del adjudicatario inicial para lograr adecuadamente esa finalidad perseguida por la autoridad pública.

Solo bajo este entendido debía leerse e interpretarse el pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública N° 001 de 1997, específicamente el numeral 3.26 que señalaba (fls. 220 y 221, c.22):

*La negativa u omisión del adjudicatario a suscribir el CONTRATO DE CONCESIÓN dentro del término previsto al efecto, habilitará al Presidente de FERROVÍAS para revocar la adjudicación inicial y contratar con el PROPONENTE siguiente en el orden de prelación. En este caso, se hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta del primer PROPONENTE, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios (...).*

*En el acto de revocatoria de la primera adjudicación se efectuará la adjudicación substitutiva al segundo PROPONENTE, quien deberá suscribir el CONTRATO DE CONCESIÓN respectivo dentro de un término máximo de quince (15) días contados a partir del día del vencimiento del término concedido al primer PROPONENTE para la suscripción del CONTRATO DE CONCESIÓN (...).*

El segundo inciso del numeral 3.26 del pliego de condiciones, ahora invocado por la parte actora, tenía un contexto claro y específico que estaba contenido en la primera parte de esa regla y dependía de esta. Así, se advierte *prima facie* que la aludida disposición no solo establecía lo subrayado por la parte demandante –esto es, que “*en el acto de revocatoria de la primera adjudicación se efectuará la adjudicación substitutiva*”-, sino que preveía una facultad para la entidad estatal –la de adjudicar el contrato al segundo proponente- en los mismos términos del artículo

30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993. Tal facultad, a su vez, solo operaría ante “*la negativa u omisión del adjudicatario*” a celebrar el contrato y, de llegar a ser ejercida por Ferrovías, habría de concretarse en un acto específico, cual era el que dispusiera la revocatoria de la adjudicación inicial.

Ahora, aunque el numeral 3.26 citado disponía que la no celebración del contrato por parte del adjudicatario “*habilitaba*” al presidente de Ferrovías para efectuar la adjudicación sustitutiva al oferente con la segunda mejor calificación y señalaba, asimismo, que tal decisión debía adoptarse en el mismo acto de revocatoria de la adjudicación inicial, lo cierto es que la configuración de estos supuestos estaba sujeta a la condición prevista en el artículo 30 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, relativa a la favorabilidad de la oferta que hubiera ocupado el segundo lugar.

En esa medida, encuentra la Sala que le asistió razón al ente estatal demandado al señalar, en la Resolución N° 0738 de 1998 –aquí enjuiciada- que el pliego de condiciones no debía “*interpretarse en forma aislada*” ni al margen de las reglas previstas en la Ley 80 de 1993, y que la adjudicación del contrato al segundo oferente no era un derecho de este, sino una “*posibilidad reglada de la Administración*” (fl. 177, c.22).

Entender el numeral 3.26 del pliego de condiciones en la forma pretendida por las sociedades aquí demandantes entrañaría la violación de normas superiores que la misma parte actora alega que fueron desconocidas, pues con ello se le impondría a Ferrovías la carga terminante de adjudicar el contrato al proponente calificado en segundo lugar, al margen de que su oferta fuera o no favorable a la entidad estatal y a los fines buscados con el contrato de concesión, lo cual infringiría de manera palmaria el deber de selección objetiva y la obligación de escoger la propuesta más favorable, principios estos previstos en la Ley 80 de 1993, como se señaló anteriormente.

Por consiguiente, no prospera el primer cargo de nulidad formulado por la parte demandante en el proceso N° 1999-00563, acumulado, pues lo dispuesto en el numeral 3.26 del pliego de condiciones no comportaba una obligación para Ferrovías, como se expuso en la demanda.

b) Segundo cargo de nulidad: “*Favorabilidad de la propuesta de FCA*”

En este cargo de nulidad, la parte demandante reprobó el hecho de que Ferrovías solo hubiera tenido en cuenta el monto que Ferrocarril Colombiano del Atlántico

propuso como valor de la inversión a cargo de la entidad estatal, a pesar de que los demás elementos de su oferta, también previstos como factores de escogencia, cumplieran cabalmente con las exigencias fijadas en el pliego de condiciones.

Al respecto, al resolver lo pertinente en la Resolución N° 0739 del 13 de octubre de 1998, Ferrovías expresó (fl 178, c.22):

*La competencia discrecional de la Administración en la hipótesis objeto de estudio, solo se puede ejercer válidamente cuando la propuesta del segundo oferente sea igualmente favorable para la Administración, circunstancia que no se presenta en el caso que nos ocupa, como se desprende de la gran diferencia que existe al comparar las propuestas económicas presentadas por los dos oferentes (...).*

Por su parte, las sociedades aquí demandantes afirmaron que la propuesta presentada por la sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. en la Licitación Pública N° 001 de 1997 era favorable para Ferrovías y reunía todos los requisitos y presupuestos necesarios para la adjudicación de la concesión, toda vez que: i) las sociedades que integraron la asociación oferente estaban debidamente acreditadas; ii) la propuesta satisfacía los requerimientos técnicos, especialmente lo relativo a los asistentes que exigía el pliego de condiciones; iii) la oferente Ferrocarril Colombiano del Atlántico demostró una capacidad económica de US\$90'057.955,36, suma esta que, según su dicho, superaba el patrimonio neto requerido para participar; iii) el plan de obras de rehabilitación de la proponente se ajustaba a las especificaciones exigidas por Ferrovías y, iv) el único factor de desempate que inicialmente favoreció a Fepaz S.A. fue, según sus palabras “el precio”, determinado con el aporte que el Estado “se comprometió” a efectuar para el desarrollo de la concesión (fl. 24, c.6).

Revisado el caudal probatorio, advierte la Sala que la propuesta presentada por la asociación oferente y sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. no fue aportada a este proceso, de suerte que no es posible examinar el componente técnico ni el económico de tal oferta, como tampoco la documentación adicional exigida por Ferrovías en el pliego de condiciones, relativa a la acreditación de la existencia, representación legal, responsabilidad y capacidad de las personas jurídicas que se asociaron en un mismo grupo oferente. Tal vacío probatorio impide, igualmente, cotejar la indicada propuesta con las pautas y parámetros fijados en la Licitación Pública N° 001 de 1997 y compararla con la oferta que en su momento presentó la sociedad futura Fepaz S.A.

No obstante lo anterior, también se evidencia que en el informe de evaluación de las propuestas, elaborado por el consorcio Socimer – Ineco, se señaló que la oferta de la asociación oferente Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. satisfacía plenamente los requisitos establecidos en el pliego de condiciones respecto de la carta de presentación, los compromisos anticorrupción y de responsabilidad solidaria, la acreditación de las personas jurídicas integrantes del grupo oferente, la validez del contrato de promesa de sociedad, la garantía constituida, la experiencia del proponente, la acreditación y experiencia del asistente técnico constructivo y la capacidad económica del oferente (fls. 346 al 391, c.22). Esta circunstancia permite establecer en el presente juicio, que la oferta presentada por Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. se ajustaba a los indicados criterios de participación y de selección que se habían previsto en el pliego de condiciones. Más aún, la indicada propuesta superó la evaluación del Sobre 1, el cual incluía todos estos elementos y, adicionalmente, el plan de obras de rehabilitación.

En este punto es pertinente anotar que, como se advirtió en la referencia de los hechos probados, los aludidos pliegos habían establecido en el numeral 3.20.1 (fl. 221, reverso, c.22) que el plan de obras de rehabilitación sería evaluado teniendo en cuenta que su contenido se ajustara a lo especificado en el pliego de condiciones y su respectivo anexo, y que los resultados de tal evaluación serían determinantes para *“aceptar o rechazar”* las propuestas. Lo anterior implicaba que la aprobación de la evaluación del plan de obras de rehabilitación era indispensable para que se pudiera pasar a evaluar la oferta económica de cada proponente, la cual, a su vez, determinaba su elegibilidad. Sin embargo, se reitera que en el plenario no reposa el apéndice que recogió los resultados de la evaluación del plan de obras de rehabilitación presentado por Ferrocarril Colombiano del Atlántico, cuya propuesta tampoco obra en el proceso, como ya se anotó, razón por la cual no es posible comparar, en términos de favorabilidad, los dos planes de rehabilitación de obras presentados en la licitación.

Ahora bien, en lo relativo a la oferta económica como criterio de escogencia, encuentra la Sala que no le asiste razón a la parte demandante en cuanto señala que la selección de la propuesta de Fepaz S.A. se efectuó con fundamento en el factor *“precio”* y que este se determinó *“como el aporte que el Estado se comprometió a aportar (sic) a la concesión”*.

El aporte o la inversión que la autoridad pública hace al proyecto de infraestructura objeto de una concesión no es equiparable ni identificable con el precio estipulado

en cualquier otro tipo de contrato estatal; se trata, por el contrario, de dos conceptos distintos que, justamente por su disimilitud, son aplicables en situaciones jurídicas diferentes y generan consecuencias económicas también desemejantes.

El artículo 1849 del Código Civil define el precio, en la compraventa, como *“el dinero que el comprador da por la cosa vendida”* y, al regular los contratos de obra, establece que en estos, a falta de pacto expreso entre las partes, se presume que han convenido el precio *“que ordinariamente se paga por la misma especie de obra”*.

Por su parte, el artículo 920 del Código de Comercio señala que si las partes en el contrato de compraventa no establecen el precio o no señalan la manera de determinarlo, pero el comprador recibe la cosa, *“se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga el día y lugar de la entrega”*. Lo propio dispone para el contrato de suministro, pues al tenor del artículo 970 del indicado estatuto, si las partes no señalan el precio, *“se presumirá que aceptan el precio medio que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y el día del cumplimiento de cada prestación”*. A su vez, el artículo 1045 del mismo cuerpo normativo establece como elemento esencial del contrato de seguro *“la prima o precio del seguro”*.

Por tanto, el precio ha de definirse como el valor económico o dinerario en que se estima un bien o servicio, el cual debe ser pagado por quien adquiere o contrata dicho bien o servicio, según el caso. En ese sentido y, en referencia a los contratos estatales, la doctrina ha referido que el precio es elemento esencial del contrato administrativo de carácter oneroso, *“entendiendo (el precio) como el valor que la entidad contratante entrega por la ejecución del objeto”*<sup>49</sup>.

Por otro lado, la inversión que hace la autoridad pública para un proyecto de infraestructura –incluso si en este participan recursos privados por virtud de un contrato de concesión- no está destinada en forma pura y simple a la adquisición de un bien o a la retribución de un contratista que ejecuta un servicio, sino que se trata de la destinación de un capital -representado en bienes y/o dineros del patrimonio público- para la realización de una actividad con vocación de rentabilidad y de beneficio económico para el mismo Estado. En ese sentido y, acogiendo nuevamente la posición de la doctrina, la inversión pública puede definirse como la *“erogación que realiza el Estado para incrementar o consolidar el patrimonio*

---

<sup>49</sup> COHECHA LEÓN, César Antonio. *“Teoría general del contrato estatal y régimen de declaración de siniestros”*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

*productivo de la colectividad, en el orden económico o social*<sup>50</sup>, aspecto que, como es palmario, no equivale al precio que el Estado paga para la compra de un bien, por la obtención de un suministro o por la simple ejecución de un servicio que se le retribuye con un pago al contratista.

Esta distinción es relevante en el presente análisis, toda vez que la parte actora censura los actos administrativos demandados sobre la base de la alegada favorabilidad de su oferta; favorabilidad que, de conformidad con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993<sup>51</sup> –aplicable al presente caso- no podía consistir en “*el más bajo precio*”<sup>52</sup>, pero que en la Licitación N° 001 de 1997 no fue determinada por ese indicador del menor precio ofrecido, sino por la ventaja económica que para Ferrovías representaba la circunstancia de que la concesión pudiera ser ejecutada únicamente con inversión privada, obteniendo el Estado el mismo beneficio que habría logrado con la inversión de recursos públicos, esto es, la rehabilitación y modernización de la red férrea del Atlántico.

La modalidad de concesión está concebida para atraer la participación de capital privado en la realización, explotación y operación de obras o servicios públicos en los que, generalmente, no es suficiente el capital estatal. Sin embargo, la actividad administrativa y económica del Estado -orientada a materializar los fines que está llamado a garantizar- se traduce, entre otras cosas, en proyectos y procesos de inversión establecidos, regulados y autorizados por normas que disciplinan el presupuesto público<sup>53</sup> o determinados sectores como el de transporte, para cuya infraestructura, la Ley 105 de 1993<sup>54</sup> dispone que los planes de expansión vial

---

<sup>50</sup> PLAZAS VEGA, Mauricio. “*Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*”, Tomo I. Bogotá, editorial Temis, 2016.

<sup>51</sup> Norma derogada por la Ley 1150 de 2007, la cual, a su vez, reprodujo esa misma salvedad en su artículo 5, numeral 2.

<sup>52</sup> Este reparo del legislador a que la favorabilidad pueda consistir en el menor precio ofrecido ha sido explicada por esta Corporación al señalar: “*la jurisprudencia de la Sección Tercera ha (...) ha afirmado que el precio más bajo podría llevar a que prevalecieran ofertas artificiales que luego generarían mayores perjuicios que beneficios a la entidad estatal contratante, frente a la eventualidad de contratos adicionales que habrían de celebrarse para ajustar precios o de incumplimientos del contratista que pudieran ser atribuidos a los bajos precios*” (Consejo de Estado Sección Tercera - Subsección B, sentencia de 6 de abril de 2011, radicación 66001233100019970400001(16.385). C.P. Danilo Rojas Betancourth).

<sup>53</sup> Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, compiladas en el Decreto 111 de 1996.

<sup>54</sup> Dispone el artículo 15 de la comentada ley: “*Planes de expansión de la red de transporte a cargo de la Nación. El Ministerio de Transporte presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES para su aprobación, (...) los planes de expansión vial, que deberán contener como mínimo lo siguiente:*  
a. *La conveniencia de hacer inversiones en nueva infraestructura vial Nacional, de acuerdo con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo.*  
b. *Las inversiones públicas que deben efectuarse en infraestructura vial, y las privadas que deben estimularse (...).*

*Las inversiones públicas que se hagan en materia de infraestructura vial nacional se ceñirán a lo expuesto en los planes de expansión vial y en el Plan Nacional de Desarrollo.*

elaborados periódicamente por la Nación, deban contener *“las inversiones públicas que deben efectuarse en infraestructura vial, y las privadas que deben estimularse”*.

Por tanto, es admisible para el ordenamiento jurídico –y para la actividad administrativa del Estado- que los proyectos de infraestructura pública puedan adelantarse con participación simultánea de capital público y privado, previsión que se efectuó en los numerales 3.14 y 3.20.1 del pliego de condiciones, al señalar que las propuestas podrían contener una solicitud de inversión pública a cargo de Ferrovías, o bien, una oferta de inversión exclusivamente privada. Con todo, si el inversionista particular ofrecía mayores ventajas económicas para el proyecto objeto de concesión y, sobre ese factor recaía el criterio de favorabilidad, resultaba ajustado a derecho que Ferrovías se abstuviera de adjudicar el contrato a Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., en tanto su propuesta no era *“igualmente favorable”*, en los términos señalados en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993.

Se reitera que, de conformidad con lo señalado en el informe de evaluación de las propuestas, tanto la oferta de Fepaz S.A. como la de Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. satisfacían los requerimientos técnicos y jurídicos establecidos en el pliego de condiciones y se ajustaban a las especificaciones del plan de obras de rehabilitación. Lo anterior implicaba que la ejecución de este ítem por cualquiera de los oferentes tenía la potencialidad de arrojar los resultados buscados por Ferrovías con el contrato de concesión, con la diferencia de que Fepaz S.A. propuso ejecutar esa concesión –y obtener esas mismas ventajas- sin necesidad de que se invirtieran recursos públicos, aspecto este que, sin duda, le resultaba más favorable a la entidad estatal y esa favorabilidad no pudo ser igualada por la propuesta de Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A.

Habidas las anteriores consideraciones, resulta claro que no prospera el segundo cargo de nulidad formulado por la parte actora en el proceso N° 1999-00536.

### **3.6. Conclusión**

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala concluye que no hay lugar a declarar la nulidad de las Resoluciones 0378, 0395, 0401 y 0739 de 1998, toda vez que la declaratoria del incumplimiento del adjudicatario y la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta, dispuestas en tales actos administrativos, resultaban

---

*Los planes de expansión vial se expedirán por medio de decretos reglamentarios del Plan Nacional de Desarrollo y esta Ley”.*

precedentes, a la luz de lo acontecido con los miembros del grupo oferente Fepaz S.A. una vez en firme la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, por la cual se le había adjudicado el contrato objeto de la Licitación Pública N° 001 de 1997.

En efecto, el departamento del Cesar incumplió, por su propio arbitrio, las obligaciones que había asumido válidamente en el indicado proceso de selección y en la promesa de constitución de la sociedad Fepaz S.A. -negocio este que también fue celebrado en legal forma-. Tal incumplimiento derivó, por disposición del mismo pliego de condiciones y por ministerio de la ley, en la responsabilidad solidaria de los demás promitentes socios de Fepaz S.A., de suerte que a todos estos les era exigible la garantía de seriedad de su oferta, como legalmente lo dispuso la entidad demandada en los actos enjuiciados.

La renuncia o retiro previo del departamento del Cesar fue constitutivo de incumplimiento, razón por la cual no le era oponible a Ferrovías, antes ni después de la adjudicación del contrato, como tampoco eximía al propio departamento ni a los demás miembros de la oferente Fepaz S.A. de las obligaciones derivadas de la promesa de sociedad y de la licitación pública.

Por otro lado, Ferrovías no estaba obligado por el pliego de condiciones ni por la ley, a adjudicar sustitutivamente el contrato a Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A., empresa que no demostró que su oferta fuera favorable para la entidad estatal, al punto de obligarla a seleccionar dicha propuesta en reemplazo de la del adjudicatario incumplido.

#### **4. Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 – aplicable en el sub lite-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

**FALLA**

**MODIFÍCASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de junio de 2009, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** como sucesor procesal de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- a la Nación -Ministerio de Transporte-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRASE DE OFICIO LA COSA JUZGADA** respecto de la pretensión de nulidad formulada por el departamento del Cesar contra la Resolución N° 0052 del 27 de enero de 1998, expedida por Ferrovías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: NIÉGANSE** las pretensiones de las demandas correspondientes a todos los procesos aquí acumulados.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**