

República de Colombia



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”  
ORALIDAD**

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**

Bogotá, D. C., Siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020).  
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

<b>Expediente</b>	<b>250002326000201100595-01</b>
<b>Sentencia</b>	<b>SC3- 10-20-2546</b>
<b>Medio de control</b>	<b>CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Demandante</b>	<b>GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.</b>
<b>Demandado</b>	<b>EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO Y LA EMPRESA GESTORA DE BUSES S.A.EGOBUS SAS</b>
<b>Asunto</b>	<b>SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA</b>
<b>Tema</b>	<b>NULIDAD DE ACTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL CONTRATO</b>

Cumplido por la Magistrada Sustanciadora el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para el procedimiento ordinario, encuentra para que la Sala provea.

**I. OBJETO DE LA DECISION**

Advertida la no concurrencia de irregularidad que afecte de nulidad la actuación surtida, concierne a esta Sala proferir sentencia de primera instancia.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1 - DEMANDA**

**2.1.1-** EI CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA SOCIEDAD FUTURA CON OBJETO UNICO GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE SAS, integrado por ALIANZA DE OCCIDENTE S.A., COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES AUTOS PARRA, SOCIEDAD INTERMODAL DE TRANSPORTADORES DE COLOMBIA S.A.- SOTRACOL S.A., COOPERATIVA

INTEGRAL DE TRANSPORTADORES DE CORABASTOS LTDA. COTRANSABASTOS LTDA., INVERSIONES ALIANZA DE OCCIDENTE SAS., COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTES LA FLORIDA LTDA., COOTRANSFLORIDA., SOCIEDAD EXPRESS COLOMBIANA INTERNACIONAL S.A., INVERSIONES GACELIA S.A., EMINSS S.A., INGENIERIA Y TELECOMUNICACIONES S.A. -INGYTELCOM S.A., LINEAS ESPECIALES DE TRANSPORTE ANDINO S.A., TRANSANDINO S.A., LINEAS ESPECIALES DE TRANSPORTE NUEVO MILENIO S.A."TRANSNUEVO MILENIO S.A., INVERSIONES TECNIMILENIO S.A., MARIA EUGENIA ROBLES CARDENAS, DISTASA S.A. ESP., HECTOR MAURICIO ESCOBAR HURTADO, a través de apoderado judicial, promueve por vía de nulidad y restablecimiento del derecho - contractual, demanda contra el DISTRITO CAPITAL S.A., EMPRESA DE TRANSPORTE TERCER MILENIO, EMPRESA GESTORA DE BUSES S.A.EGOBUS SAS., con las siguientes **pretensiones**:

- **Se declare la nulidad** de la Resolución 028 de fecha 04 de febrero de 2011, emanada de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. Por el cual se adjudica la licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, con el siguiente objeto: SELECCIONAR LAS PROPUESTAS MAS FAVORABLES PARA LA ADJUDICACIÓN DE TRECE (13) CONTRATOS DE CONCESION, CUYO OBJETO SERA LA EXPLOTACION PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP:1) USAQUEN, 2) ENGATIVA, 3) FONTIBON, 4) SAN CRISTOBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME, por cumplir con los requerimientos jurídicos, financieros, técnicos y económicos, exigidos en el Pliego de condiciones y presentar ofertas más favorable, en los referente a la ZONA PERDOMO al proponente: EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S.
- **Se declare la nulidad absoluta del CONTRATO No. 013 DE 2010 DE CONCESION PARA LA EXPLOTACION PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 11) PERDOMO SIN OPERACIÓN TRONCAL, SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO**

TRANSMILENIO S.A., y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., suscrito el día 18 de febrero de 2011.

- Se declare que la propuesta presentada por el CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.S., era la oferta que cumplía con la totalidad de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No TMSA- LP-004 de 2009, para ser adjudicataria en la segunda ronda como único proponente con su propuesta para la zona 11 PERDOMO y en consecuencia tiene derecho al contrato respectivo.
- Que como título de restablecimiento del derecho, se condene a los demandados al pago a favor de los demandantes, como mejor proponente en la segunda ronda para la zona 11) PERDOMO, correspondientes a perjuicios materiales presentes y futuros causados y por causar, determinados e indeterminados, y los perjuicios morales derivados del rechazo indebido de la propuesta presentada por el CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.S.

**2.2.2-** Enuncia en fundamento de sus reclamaciones el CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.S, en síntesis los siguientes **hechos:**

- TRANSMILENIO dio apertura a la licitación pública No TSMA-LP-004 de 2009, cuyo objeto era SELECCIONAR PROPUESTAS MAS FAVORABLES PARA LA LIQUIDACION DE 13 CONTRATOS DE CONCESIÓN, CUYO OBJETO SERA PARA EXPLOTACION PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA DE LA PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP: 1) USAQUEN, 2) ENGATIVA, 3) FONTIBON, 4) SAN CRISTOBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL-ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME.
- La demandante el 28 de mayo de 2010 suscribe el documento consorcial para la presentación de Propuesta a través de promesa de sociedad futura.

- el 2 de noviembre de 2010 se efectuó la audiencia de adjudicación -primera ronda -, quedando una zona sin adjudicar - 11 Perdomo -, y suspendida la audiencia de adjudicación hasta tanto se adjudique la totalidad de las zonas.
- El 9 de noviembre de 2010 TRANSMILENIO expidió la adenda No 15, señalando a) Quienes pueden participar en la segunda ronda de adjudicación son los que tengan la calidad de proponentes elegibles, b) modifica los dos (2) primeros párrafos y el cuadro correspondiente al procedimiento establecido para el desarrollo de la segunda ronda del numeral 4.6.1. del Pliego de Condiciones c) señala la nueva forma de presentar proformas. Adenda que mediante Resolución No 644 del 16 de diciembre de 2010 proferida por TRANSMILENIO, fue dejada sin efecto.
- El 28 de noviembre de 2010, la PROCURADURIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA PREVENTIVA DE LA FUNCION PUBLICA, mediante oficio dirigido al Gerente de Transmilenio, manifestó: “no solo las propuestas declaradas elegibles podrán presentar oferta para la segunda ronda de la licitación (...)”.
- El 30 de noviembre de 2010, TRANSMILENIO expidió la adenda 16 modificando el cronograma de la licitación – Segunda Ronda de Adjudicación.
- La accionante presentó propuesta para la segunda ronda de la licitación - zona 11 Perdomo-, el día 22 de diciembre del 2010; y a su turno TRANSMILENIO S.A., expide la adenda No 18, fijando nuevo cronograma general de proceso de la Licitación Segunda Ronda de Adjudicación y modificó el numeral 4.6.1 PROCEDIMIENTO, literal C denominado apertura sobre económico.
- Los demandantes en cumplimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones para la segunda ronda, y en su condición de proponentes no adjudicatarios en la primera ronda, procedieron a ajustar su oferta en el sentido de cumplir con todos los requisitos habilitantes, que les fueron cuestionados en la primera ronda por el Comité Evaluador de la Licitación Pública.
- TRANSMILENIO publicó el 19 de enero del 2011 el informe de evaluación, calificando a la demandante en el aspecto jurídico como propuesta rechazada, por no cumplir con los requisitos habilitantes primera ronda, mientras que en la evaluación financiera concluyó que no cumplen con los requisitos de experiencia en la consecución de financiación.

- El 4 de febrero del 2011 se procede a continuar la audiencia de adjudicación de la zona Perdomo, acogiendo la recomendación del comité evaluador en cuanto a rechazar la propuesta de los demandantes, y adjudicar la zona Perdomo a la propuesta de la empresa Gestora Operadora de Buses SAS - EGOBUS SAS. -, lo cual se concreta con la Resolución 028 del 4 de febrero de 2011.
- TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS suscribieron el 18 de febrero del 2011, el contrato No. 013 de 2010, de CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP PARA LA ZONA 11 PERDOMO SIN OPERACIÓN TRONCAL.

**2.2.2-** En la descrita secuencia fáctica, argumenta el **GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.**, los siguientes **cargos de nulidad**:

- i) Ilegalidad del rechazo de la oferta presentada para la segunda ronda, para la zona Perdomo por la promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS; bajo la consideración que todos los proponentes que hacen parte del grupo se encuentran debidamente habilitados.
- ii) Ilegalidad de la adjudicación hecha a la oferta presentada por el proponente EGOBUS SAS, bajo la consideración que la propuesta presentada por el proponente EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS EGOBUS S.A.S., no cumple con los pliegos de condiciones, el oferente adjudicatario no participo en primera ronda y no cumplió con el requisito financiero exigido. Aunado a que el acto se notificó en audiencia pública a una persona que no es el representante legal de la empresa lo que invalida el acto.

**2.1.3- En oportunidad de alegar de conclusión,** reitera en sus pretensiones y hechos que sustentan la demanda, y enfatiza que de los medios de prueba que se aportan al plenario es posible concluir que la sociedad futura GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE SAS, fue proponente en la licitación publica TMSA-LP-004 de 2009, no fue adjudicataria en la primera ronda, fue el único proponente no adjudicatario en la Segunda Ronda y ajustó los requisitos habilitantes que se le cuestionaron. Adicionalmente su capacidad y la de sus integrantes cumplió con las disposiciones legales y el pliego de condiciones en consecuencia en la

Segunda Ronda debió darse con aquella y adjudicarse el contrato al ser proponente único. (fl. 1247 al 1263 continuación del cuaderno principal)

## **2.2- ARGUMENTOS DE LAS ACCIONADAS**

### **2.2.1- EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS - EGOBUS S.A.S.**

**2.2.1.1. En oportunidad de descorrer el libelo introductorio**, se opone a las pretensiones de la demanda y propone como **excepciones previas**: i) caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ii) inepta demanda por ausencia absoluta de requisitos formales del acto administrativo atacado, y iii) falta de legitimación en la causa por pasiva; y como **excepciones de fondo**: i) ausencia de determinación de las normas violadas y el concepto de violación de estas para solicitar nulidad de actos administrativos legales, ii) improcedencia de reconocimiento y pago de daño moral de las personas jurídicas, iii) ausencia o falta de capacidad del proponente Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS, lo inhabilita para participar en primera ronda, iv) rechazo del proponente no permite participación en segunda ronda, v) ausencia de requisitos esenciales de la Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente S.A.S., para participar en segunda ronda, vi) demanda incongruente y en indebida forma, vii) ausencia del derecho pretendido y viii) inexistencia de contratos presentados en mas de dos propuestas.

Advierte que si bien la demandante se presentó en la segunda ronda como proponente, no tenía la calidad de proponente no adjudicatario, sino que por el contrario estaban rechazados desde la primera ronda, por lo que adolecían de capacidad y esta era insubsanable en términos de las normas de contratación y tal como lo ha expuesto la jurisprudencia. Advierte además que cuando el pliego señala la posibilidad de ajustar los requisitos habilitantes hace referencia a los requisitos habilitantes de la segunda ronda y para la zona no adjudicada, pues cada zona tenía requisitos habilitantes independientes de patrimonio, capital de trabajo, número de vehículos y propietarios mínimo. En otras palabras los proponentes en primera ronda deben haber cumplido con los requisitos habilitantes generales particulares para la zona a la cual se presentaron y para la segunda ronda deberán ajustar, acomodar, adecuar su propuesta a los requisitos habilitantes particulares de la zona a adjudicar en esta nueva ronda. Agrega además que el accionante se confunde pues Oscar Suarez Ortiz, era para la época el representante legal de CORREVIAL

SAS, y esta a su vez era la representante legal de EGOBUS S.A.S (fl.184 al 246 cuaderno principal)

## 2.2.2- TRANSMILENIO S.A.

2.2.2.1- En oportunidad de descorrer el libelo introductorio, se opone a las pretensiones de la demanda y propone como **excepciones de fondo**: i) inexistencia de irregularidad en la aplicación del procedimiento previsto en el pliego de condiciones de la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009 para la segunda ronda de adjudicación, y por ende, en la valoración de los requisitos habilitantes de la propuesta presentada por la EMPRESA GESTORA DE SUSES S.A.S. EGOBUS S.A.S., ii) inexistencia de irregularidad en la vulneración de la propuesta de la promesa de sociedad futura GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.S. realizada por el comité evaluador de Transmilenio S.A., y iii) ausencia de la existencia y prueba de la configuración de las causales de nulidad respecto de la resolución 455 de 2010.

Agrega que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Administrativa, emitió recomendación en el sentido de que no solo se permitiera a las propuestas elegibles presentar oferta en la segunda ronda de adjudicación, sin embargo, dicha recomendación no era posible de ser aplicada por cuanto la entidad pública solo le era posible actuar dentro de los precisos términos que permite la ley y el pliego de condiciones de la licitación. (fls. 327 a 411, C.1)

2.2.2.2- En alegatos de conclusión esgrime en su defensa, que se encuentra acreditado con el pliego de condiciones de la Licitación Pública NO TMSA-LP-004 de 2009, así como los análisis realizados por el comité evaluador, que únicamente podían ser parte de la segunda ronda quienes hubiesen sido considerados elegibles en la primera ronda. Situación que fue reiterada por Transmilenio quien manifestó que en desarrollo de segunda y tercera ronda, no tendría cabida interpretación a considerar que las mismas constituían nuevas etapas dentro del procedimiento de selección o procedimientos diferentes de licitación en los que se admitiera la posibilidad de presentar nuevas ofertas que permitieran corregir o adicionar las presentadas al momento del cierre, principalmente porque ello implicaba incurrir en una actuación contraria a la ley.

Agrega que conforme al material probatorio arrimado al plenario es sencillo concluir que la evaluación efectuada respecto de la promesa de sociedad futura del GURPO

EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE, fue ajustada a la normatividad aplicable, y al tenor del pliego de condiciones, en tanto siendo inexistente el negocio jurídico de su conformación o inexistente la promesa de sociedad futura al momento del cierre de la licitación, no se cumplieron con los requisitos del artículo 110 del Código de Comercio, por lo que el oferente en comento no tenía capacidad para presentar propuesta, por cuanto no existía como lo establece la ley. (fl. 638 al 641 c2)

### **2.3- EL MINISTERIO PUBLICO**

Conceptúa desfavorable a las suplicas de la demanda, bajo la consideración que Transmilenio no podía avalar que se subsanara el requisito de capacidad en segunda ronda, cuando ya se había cerrado la licitación, pues ello hubiera implicado violar la normatividad legal que regía el contrato, además tal como se desprende del pliego de condiciones el tiempo que se concedía a los proponentes en segunda ronda, era para ajustar la propuesta en los aspectos técnicos y económicos para participar en la adjudicación de la zona Perdomo, pero entendido que se trataba de un solo proceso licitatorio, no siendo admisible una nueva oportunidad para subsanar el factor jurídico, y mucho menos la capacidad jurídica, pues está ya había quedado definida al cierre de la primera ronda. (fl. 1366 a 1379 c1)

## **III- ACTUACION PROCESAL**

**3.1. Con proveído del 1 de septiembre de 2011**, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección “A”, **admitió la demanda** promovida por vía de controversia contractual por los integrantes del CONSORCIO ALIANZA DE OCCIDENTE contra la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S. (fl. 169 c1)

**3.2.** Notificados en debida forma las demandadas, contestaron la demanda, dentro del término legal (fl. 184 al 246 y 327 al 411, c1)

**3.3.** La activa el 23 de noviembre de 2011, presentó adición de la demanda (fl. 252 al 326 c1), la cual fue admitida mediante auto del 16 de marzo de 2012 (fl. 426 c1)

**3.4.** Notificados de la adición de la demanda, la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., presentaron de manera oportuna su contestación. (fl. 428 al 474 c1)

**3.5.** El 24 de septiembre de 2012, y con ocasión a lo dispuesto en los acuerdos PSAA11-8365 del 29 de julio de 2011, PSAA11-8922 del 9 de diciembre de 2011 y el PSAA11-9524 del 23 de junio de 2012, el asunto fue remitido a la Subsección “C” - Descongestión de la misma Corporación (fl. 477 c1)

**3.6.** Con auto del 22 de abril de 2013, se abrió el proceso a pruebas, agregó la documental arrimada con la demanda y contestaciones a la misma, y decretó prueba documental a través de oficios, interrogatorio de parte, dictamen pericial y testimonial (fl. 483 al 484 c 1). Sin tacha de falsedad respecto de aquella, ni contingencia en el recaudo de la prueba decretada.

**3.7.** Mediante proveído del 21 de junio de 2019, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 1243 al 1244 continuación del cuaderno principal), derecho ejercido por los extremos procesales conforme reseño antes.

## **IV- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **4.1- ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ**

**4.1.1- Reitera la jurisdicción y competencia de esta Corporación para conocer del presente asunto.** Advertido que en tópico de jurisdicción este asunto se rige por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A., vigente para la época en que se promovió la demanda y en orden del cual asume relevancia, que el debate gravita en torno a la legalidad de acto precontractual emitido por entidad pública y contrato en el que esta funge como contratante, por cuanto bajo tal premisa y contrastada la citada preceptiva, la jurisdicción competente para conocer de esta controversia es la contencioso administrativa.

En este sentido decanta el órgano de cierre de esta jurisdicción indicando de la norma en cita:

*“(...) el criterio que define la jurisdicción no es el orgánico, como acontece con la primera parte del art. 82 CCA. (...) sino el criterio material, entendiendo por éste la realización, por parte de las organizaciones privadas, de funciones propias de los distintos órganos del Estado. De manera que ya no surge la competencia, en estos casos, por la ejecución de funciones administrativas, como lo exigía el art. 82 original del CCA.*

*En consecuencia, queda claro que el CCA, vigente combina tanto el criterio orgánico como el material, para definir la jurisdicción. El primero, para juzgar las controversias donde son parte las entidades estatales, y el segundo, para atraer a los particulares que cumplen actividades propias de los órganos del Estado. En estos términos, la complejidad de la segunda parte de la norma ya no radica, como en el pasado lo estuvo, en determinar qué es y qué no es función administrativa, para inferir cuándo el juez de la administración y de los particulares era la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A partir de 2006 el criterio cambió, porque lo determinante es dilucidar e identificar las funciones que son propias del Estado, y que también cumplen los particulares.*

(...) (Suspensivos y subrayado fuera de texto)<sup>1</sup>

En lo que corresponde a la competencia, revisten importancia en contexto de los factores funcional y territorial, el numeral 5) del artículo 132 y numeral 1) del artículo 134D del Código Contencioso Administrativo - CCA, conjugado que el valor del Contrato 138 de 2007, superó los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que su ejecución se dio en comprensión del Distrito Capital. Por cuanto en orden de los precitados factores de competencia y contrastada la distribución por especialidad establecida en el artículo 18 del Decreto-ley 2288 de 1989, el conocimiento del asunto que nos ocupa, se radica en primera instancia en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

### **3.1.2- No es de recibo la excepción de inepta demanda por ausencia absoluta de requisitos formales del acto administrativo atacado, que alega la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS EGOBUS S.A.S.**

Contrario a lo sostenido por la pasiva EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS EGOBUS S.A.S., con escrito de la demanda, fue allegado copia de la Resolución 028 de 2011 y copia del contrato estatal demandado, esto es el Contrato No 013 de 2010, que si bien obran en copia simple, ello no conlleva a su no valoración, aunado a que TRANSMILENIO S.A. también los allego en medio magnético. Por ende la excepción propuesta no esta llamada a prosperar.

### **3.1.3- Encuentra cumplido el supuesto de legitimación en la causa por activa y por pasiva.** Conforme acredita la realidad procesal los demandantes, asociados a través del documento denominado LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CON OBJETO UNICO GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE SAS, (hoy GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE) participaron en la

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 63001-23-31-000-2007-00001-02(43054), Actor: OSORIO Y SOLANO LTDA, Demandado: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. Y OTRO, en el que se cita de manera textual sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 06 de diciembre de 2010, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, rad. 25000-23-26-000-2009-00762-01(38344)

adjudicación la licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, en la cual resultaron rechazados y por ende, demandan el acto de adjudicación, esto es, la Resolución 028 del 4 de febrero de 2011 y el correspondiente contrato No. 013 de 2010, suscrito por TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS.

Por consiguiente y contrastado que el GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE, funge en el proceso que nos ocupa como accionante y como entidades accionadas, las precitadas EMPRESA DE TRANSPORTE TERCER MILENIO, EMPRESA GESTORA DE BUSES S.A. -EGOBUS SAS. -, asume incontrovertible que en tamiz de la legitimación procesal o adjetiva en la causa, acreditan la misma por activa y pasiva, respectivamente.

**3.1.4- Avizora satisfecho el requisito de oportunidad de la acción.** Advertido que el término de caducidad en controversia contractual que pretende la nulidad absoluta del contrato, caso concreto, se rige por la norma contenida en el literal e) del numeral 10) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo – CCA, y conforme al mismo:

“(...).

*e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. (...)*”

Contrastado que si bien y conforme acredita la realidad procesal, el contrato 013 de 2010, se suscribió el 18 de febrero de 2011, de forma que el término de caducidad finiquitó el 19 de febrero de 2013, no es menos cierto y asume relevancia en fundamento del juicio de oportunidad de la demanda de controversia contractual que nos ocupa, que se surtió conciliación prejudicial, en cumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1295 de enero de 2009<sup>2</sup> y en virtud del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, que reglamenta la conciliación como solución alternativa de conflicto, en trámite de la misma y a partir de radicación de la respectiva solicitud, se suspende el término de caducidad hasta por tres (3) meses, y la demanda génesis del asunto que nos ocupa, se radicó el 17 de marzo de 2011.

---

<sup>2</sup>Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial. que la activa surtió el trámite de conciliación prejudicial.”

Asimismo precisa conjugar del plazo del que disponía la activa para promover la demanda contra el acto administrativo de adjudicación, que se reglaba para la fecha de los hechos, por el ya transcrito artículo 32 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 87 del C.C.A, y en contexto del mismo se establecían dos (2) paradigmas:

La regla general, conforme a la cual, el acto administrativo de adjudicación podía demandarse con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación

La regla especial, en marco de la cual, el acto administrativo de adjudicación podía demandarse por vía de controversia contractual y como fundamentó de la pretensión de nulidad del contrato derivado del mismo, dentro de los dos (2) años siguientes a la firma de éste.

De cuya aplicación resulta oportuno señalar, que son de carácter restrictivo y por consiguiente no habilita al demandante para promover la demanda por fuera del término que con criterio general establece la ley, y es un desarrollo del numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>, en cuanto enlista dentro de las causales de nulidad del contrato estatal, que se declare la nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.

De forma que los denominados actos separables o precontractuales, conforme al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el precitado artículo 87 del C.C.A, son controvertibles por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con un término de caducidad de treinta (30) días, y vencido el precitado plazo, puede invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, a través de la acción de controversias contractuales, con caducidad de dos (2) años, contados a partir del perfeccionamiento del contrato, según lo dispuesto por el artículo 136 del mismo CCA, en este último evento excluye la pretensión indemnizatoria, que condiciona a que se formule dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> "(...) Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...)

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten (...)"

<sup>4</sup> Como precedente de esta Sala, ver entre otras, sentencias del Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019), rad. 250002326000201101289-01Magistrada Ponente María Cristina Quintero Facundo;05 de abril, rad. 2011-00081; del 31 de mayo, rad. 2011-00095, del 10 de mayo, rad. 2005-02127-01, y del 05 de abril de 2017, rad. 2003-01007-00, M.P. JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA y como precedente del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, pronunciamiento de la SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

En tal secuencia, advertido que el acto de adjudicación atacado fue proferido en audiencia pública el 4 de febrero de 2011, y el contrato resultante se celebró entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A. S.A.S. – EGOBUS S.A.S., el 18 de febrero del mismo año, es decir, que no habían transcurrido los 30 días –hábiles- a los que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como término para impugnar el acto precontractual a través de la acción de controversias contractuales. En tal secuencia. Atendiendo a que fue radicada la solicitud de conciliación el 17 de marzo de 2011, interrumpiéndose los términos de caducidad, al culminar la misma el 14 de junio de 2011 y radicarse la demanda el 15 de junio siguiente, cuestionar la validez del acto de adjudicación como causal de nulidad del contrato celebrado, en ejercicio de la acción contractual resulta oportuno.

**3.1.5- No se avizora irregularidad configurativa de nulidad procesal,** emergiendo en consecuencia que el proceso encuentra en estado de proferir sentencia.

### **3.2- FIJACIÓN DEL DEBATE**

La controversia gravita en torno al rechazo de la oferta presentada por la demandante – CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE, para participar en segunda ronda dentro de la Licitación Pública TMSA 004 de 2009, adelantado por la empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO con el objeto de seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación del contrato de concesión para la explotación preferencial y no exclusiva de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP zona 11) Perdomo.

Por cuanto en tesis de la activa, si bien, el CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE, fue rechazado en primera ronda, lo cierto es que, para participar en segunda ronda, la oferta fue modificada, cumpliéndose con todos los requisitos no solo habilitantes, sino que además, al no encontrarse habilitados los otros dos oferentes en segunda ronda, se tornaba como oferente único por lo que a su criterio

debió adjudicarse el contrato, por ende, el acto de adjudicación y contrato deben declararse nulos.

En contraste, la pasiva sostiene que se dio cumplimiento estricto a lo estipulado en el pliego de condiciones, y que en tal secuencia, atendiendo a que la promesa de sociedad futura del GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE SAS, no se ajustaba a las preceptivas legales, a saber lo establecido en el artículo 110 del Código de Comercio, el oferente no tenía capacidad para presentar propuesta en la primera etapa, lo que llevo a su rechazo; este mismo rechazo de primera ronda le impedía participar como oferente en segunda ronda, pues tal como se estableció en el pliego de condiciones, solo podían presentar ofertas los participantes que se encontraban debidamente habilitados para el momento del cierre de la primera etapa.

Por consiguiente, se tienen los siguientes como **problemas jurídicos:**

- i) ¿El rechazo de la oferta presentada por el CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE en primera ronda, en el marco de la Licitación Pública TMSA 004 de 2009, adelantado por la empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO con el objeto de SELECCIONAR LAS PROPUESTAS MAS FAVORABLES PARA LA ADJUDICACIÓN DE TRECE (13) CONTRATOS DE CONCESION, CUYO OBJETO SERA LA EXPLOTACION PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP:1) USAQUEN, 2) ENGATIVA, 3) FONTIBON, 4) SAN CRISTOBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME, no inhabilitaba al oferente para participar en la segunda ronda de del proceso licitatorio y en tal secuencia su rechazo conlleva a que se declare la nulidad del acto administrativo de adjudicación demandado?

De ser positivo el anterior interrogante corresponde a la Sala determinar:

¿El CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE, cumplió con la totalidad de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos en los

pliegos de condiciones de la licitación pública No TMSA- LP-004 de 2009, para ser adjudicatario en la segunda ronda, como único proponente con su propuesta para la zona 11 PERDOMO, y en consecuencia, debe declararse la nulidad del acto administrativo de adjudicación Resolución 028 de fecha 04 de febrero de 2011 y del respectivo contrato No 013 DE 2010?

- ii) ¿El contrato No 013 de 2010, suscrito el 18 de febrero del 2011, entre TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS, es nulo, atendiendo a que i) la contratista no fue proponente en primera ronda, ii) su capital era de \$20.000.000, y iii) del acto de adjudicación se notificó a quien no fungía como Representante Legal?

### **3.3- ASPECTOS SUSTANCIALES**

En solución a los interrogantes planteados es tesis de la Sala, que no se encuentran probados los cargos formulados contra el acto administrativo de adjudicación - Resolución 028 de fecha 04 de febrero de 2011- , emanada de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A, ni del contrato No 013 de 2010, suscrito el 18 de febrero del 2011 entre TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS.

En correcta interpretación de la Licitación Pública TMSA 004 de 2009, y en aplicación de las preceptivas normativas, Decreto 2474 de 2008, la falta de capacidad jurídica que motivo el rechazo de la oferta presentada en primera ronda por la promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente S.A.S.- inhabilitaba al oferente para participar en la segunda ronda del proceso licitatorio, por tratarse de asunto no subsanable. Secuencia en la que el acto de adjudicación del contrato objeto de la precitada licitación, no comporta vicio de nulidad.

No se probaron los supuestos facticos ni jurídicos invocados en fundamento de la pretensión de nulidad absoluta del contrato No 013 de 2010, suscrito el 18 de febrero del 2011, entre TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS., motivo por el cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

En fundamento y previa análisis del caso en concreto, se abordarán los siguientes tópicos: **(i)** El acto de adjudicación del contrato estatal, naturaleza y efectos jurídicos; **(ii)** naturaleza y contenido de los pliegos de condiciones, **(iii)** nulidad absoluta del contrato; **(iv)** nulidad del acto de adjudicación de contrato estatal, **(v)**

principio de la carga de la prueba, y (vi) Requisitos de la promesa de contrato de sociedad fijadas en el Código de Comercio, a modo de **premisas normativas**:

**3.3.1- La adjudicación del contrato estatal, es el acto administrativo mediante el cual y dentro de un proceso licitatorio, una entidad pública manifiesta su aceptación a la oferta presentada por alguno de los proponentes, y se obliga a suscribir con éste el contrato proyectado<sup>5</sup>.** Contiene la escogencia definitiva y consecuente descarte de las demás propuestas y oferentes.

En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado, con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo.

Mientras que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley, en particular y con vigencia para la fecha de los hechos que nos ocupan, en el **artículo 41 de la Ley 80 de 1993**, estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones.

En este orden de ideas, el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos entre la entidad estatal y el proponente adjudicatario. Entre otros, la obligación y el derecho que ambas partes adquieren de suscribir el contrato proyectado, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada, siempre que ésta no les contradiga.

**3.3.1.1- Asumen como elementos característicos del acto de adjudicación del contrato estatal, que es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; que por regla general es irrevocable y que es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario.**

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS, Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346), Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Su naturaleza de acto administrativo definitivo y de contenido o alcance particular se deduce de varias normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y aúna, la calidad de las entidades que lo expiden y de la naturaleza de la función pública en virtud de la cual se produce. En efecto, a la adjudicación del contrato estatal se refieren, entre otras normas, los **artículos 24 numeral 7º; 25 numeral 8º; 30 numerales 9º, 10º, 12º y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007**. Finiquitando en marco de los mismos, del Acto de Adjudicación conforme sigue:

- (i) Es un acto administrativo y en secuencia de ello, debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos.
  
- (ii) Es un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado. En esa medida, debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes, y puede ser controlado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo permite expresamente el **artículo 77 de la Ley 80 de 1993**, advertido que conforme al mismo, no proceden los recursos de reposición, apelación y/o queja.

Sobre esta característica del acto de adjudicación en contraste con el Informe de Evaluación y calificación de las ofertas, la Sección Tercera del Consejo de Estado señala:

*“(...) tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria (...)*

*No obstante (...) no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación.*

*(...) el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se*

consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.” (Suspensivos y subrayado fuera de texto).

- (iii) Es un acto administrativo de contenido particular, y en razón de ello, debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes, y en principio, solo puede ser demandado por quien demuestre tener un interés directo y personal en el mismo<sup>12</sup>.

A este respecto indica el Consejo de Estado:

*“(...) el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico. (...) serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad (...) ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación (...).”*

Respecto del carácter obligatorio y la irrevocabilidad del acto de adjudicación del contrato estatal, prescribe expresamente **el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993**, que consigna textualmente:

*“(...) 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 y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.  
El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”.*  
(Suspensivos y subrayado fuera de texto).

**3.3.2.** Los pliegos de condiciones son un acto administrativo de carácter mixto, porque su contenido primigeniamente general, en lo que se incluye en el acto de adjudicación y en el contrato, se transforma y asume como particular y concreto. Es así, por cuanto en los pliegos de condiciones se realizan los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, como quiera que contiene las reglas fijadas por la administración pública contratante, para la válida y eficaz presentación de ofertas, para la escogencia de la mejor propuesta y para celebrar y ejecutar el contrato.

Contrastado que el actual estatuto de contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993 y ordenamiento que la modifica y adiciona, estructura la gestión

contractual de la administración pública, con pretensión de dar desarrollo a los postulados consagrados en el artículo 209 constitucional, a los principios generales del derecho y del derecho administrativo, así como a los principios relativos a la contratación privada –civil o comercial–.

En tópico de los principios en gestión contractual de la administración pública, determina el artículo 23 de la Ley 80 de 1993:

*“(…) Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”*  
(Suspensivos y subrayado fuera de texto)

3.3.2.1- El contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, y en orden de los mismos, debe establecer los requisitos objetivos que deben acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, y en ámbito de ello, el pliego de condiciones debe determinar:

➤ Las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa.

➤ Las condiciones o exigencias que se establezcan deben ser razonables en contraste con el objeto contractual y prácticas del mercado, y posibles de cumplir por los proponentes,

➤ Tales reglas deben determinarse exentas de error, y excluir la meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública contratante.

➤ Las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

➤ Indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar, así como las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

Además, y por preceptiva del numeral 7) del artículo 30 de la misma Ley 80 de 1993, con interés para el caso en concreto, por cuanto consagra la prerrogativa de la entidad licitante de requerir al oferente documentos y aclaraciones, se dispone:

*“De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.”*

**3.3.3. Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para los negocios jurídicos que contravienen el orden público, las normas de imperativa observancia, entre otros, y dirigen a la protección de los intereses generales.** Paradigma en razón del cual y conforme prescribe el **artículo 45 de la Ley 80 de 1993**, las nulidades absolutas no pueden sanearse por ratificación de las partes.

Tratándose de contrato estatal, el **artículo 44 Ibídem**, establece que es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial cuando:

*(...)*

*1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*

*2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*

*3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.*

*4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*

*5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”. (Suspensivos y negrilla fuera de texto)*

En régimen del derecho común, el **artículo 1741 del Código Civil**, establece que el contrato es absolutamente nulo, por *objeto o causa ilícita*<sup>6</sup>, por la omisión de alguno de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos<sup>7</sup> o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y por haberse celebrado con personas absolutamente incapaces.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”, y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

(...) Pero el orden público comprende además los principios insitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción.

(...) Así que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.”

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para “el valor”, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio.

Y es que el ordenamiento, en punto de solemnidades, distingue entre las que se piden para la formación de los negocios jurídicos (constitutivas) y aquellas que se exigen para la validez del acto (*para el valor*), así por ejemplo, pertenecen a éstas últimas la insinuación de las donaciones que exceden los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, la unidad subjetiva y temporal en los testamentos solemnes, etc.

La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto mientras que la pretermisión de las que se piden “*para el valor*”, determina la nulidad absoluta del negocio si estas se pidieron en atención a su naturaleza.”

3.3.3.1- Los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato estatal, son sustancialmente los de eliminarle del mundo jurídico, de extinguir todas las obligaciones derivadas del mismo y retrotraer la situación al estado inicial, como si este nunca hubiera existido. Al respecto el **artículo 48 de la Ley 80 de 1993**, dispone:

*“(...) La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

*Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.*

*Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”*

Por consiguiente, *en materia de contratación estatal, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público*, pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final.

En contraste con el régimen de derecho común, se tiene que el **artículo 1.746 del Código Civil** establece que, *la nulidad del contrato declarada mediante sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*. En orden, asume como regla general en el régimen del derecho privado, que la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas. No obstante, asume como regla de excepción la prevista en el **artículo 1525 del Código Civil**, conforme al cual, *no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas<sup>8</sup>; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas*.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injuriam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que “*sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, e t que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar*”<sup>8</sup>

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitas, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio* y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.”

3.3.1.2- La declaratoria judicial de la nulidad absoluta del contrato estatal, procede de oficio o a solicitud de parte. De oficio encuentra condicionada a que encuentre plenamente probada y concurren todas las partes que celebraron el contrato nulo. En éste sentido prescribía el **artículo 87 del C.C.A**, en vigencia para la época de los hechos, y retoma el artículo 141 del vigente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**3.3.2- La declaratoria de nulidad del acto de adjudicación contractual, presupone que encuentre probado que viola la ley o el pliego de condiciones, y de pretenderse el restablecimiento del derecho, el accionante tiene una doble carga probatoria. Probar que dicho acto es efectivamente ilegal y que el demandante debió haber sido el adjudicatario, porque cumplía las condiciones y los requisitos exigidos en la ley y en el respectivo pliego de condiciones y porque su propuesta era objetivamente la más favorable para la entidad pública contratante.** En este sentido decanta el H. Consejo de Estado y precisa, que quien pretende además de la nulidad del acto de adjudicación ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere con fines a la prosperidad de sus pretensiones, un doble compromiso procesal:

“(…)

*Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones un doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración.*

*En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración”<sup>9</sup>*

**3.3.3.- El principio de la carga de la prueba como sucedáneo de certeza se explica porque obliga a uno de los extremos procesales a probar determinados hechos y circunstancias cuya falta de acreditación conlleva una decisión adversa a sus intereses o pretensiones.** Bajo el descrito paradigma la doctrina define la carga de la prueba, como una regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente.

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION "C", Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, Bogotá, D. C, nueve (9) de mayo de dos mil once 2011, Radicación No 25000232600019850246101(19081), Actor: Sociedad Cano Navarro & Cía. Ltda. Confecciones Camelia, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, Asunto: Acción Contractual

Probar es establecer la veracidad de una proposición cualquiera, y trasmutado al proceso judicial, comporta, “(...) someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra”<sup>10</sup>. Dirige a producir en el juez el estado de certeza, el pleno convencimiento sobre la existencia o no de un hecho, y su sucedáneo conjugado el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, corresponde a elemento que por tener propiedades parecidas puede reemplazarlo.

3.3.3.1- Asume como regla general en materia de carga de la prueba, que corresponde a la parte actora probar los fundamentos de hecho de sus pretensiones y a la accionada los de su excepción o defensa. Premisa que soporta normativamente en el **artículo 1757 del Código Civil** y con vigencia para la época de los hechos en el **artículo 177 del Código de Procedimiento Civil**, cuya premisa normativa fue retomada en lo sustancial por el hoy en rigor, artículo 167 del Código General del Proceso, y en este orden circunscribe el principio de la carga de la prueba y a partir del cual, asume como sucedáneo de certeza, de forma que si existe duda sobre los hechos que sustentan la demanda, sus pretensiones serán declaradas infundadas.

### 3.3.4. Requisitos de la promesa de contrato de sociedad

El Código de Comercio, respecto de los requisitos de la promesa del contrato de sociedad futura reseña:

*“Artículo 119. Requisitos de la promesa de contrato de sociedad. La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse.*

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

En este sentido, el artículo 110 ibidem preceptúa

#### **Artículo 110. Requisitos para la constitución de una sociedad**

*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:*

*1) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación*

---

<sup>10</sup>Tratado de Derecho Civil, Marcel Planiol y Georges Ripert.

legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, los artículos 861 y 898 del mismo estatuto consagran:

**“Artículo 861. Promesa de celebrar contrato:** La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso.”

**“Artículo 898. Ratificación expresa e inexistencia**

*La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.*

*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”*

### **3.4.- ASPECTOS PROBATORIOS – DEL CASO CONCRETO**

**3.4.1- La comunidad probatoria encuentra integrada por documental, testimonial, informe bajo la gravedad del juramento y dictamen pericial que avizoran eficaces.** Advertido que en su decreto, recaudo y contradicción se cumplieron las formalidades previstas en el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – C.P.C., vigente para ese entonces, contrastado que el decreto de pruebas calenda 22 de abril de 2013 (fl. 483) , aunque para cuando se declaró finiquitada la etapa probatoria, 9 de mayo de 2015 de agosto de 2017 (fl.579), aquel había sido subrogado por la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso C.G.P.

**3.4.2-** En relación a la **documental** cabe señalar que fue allegada con la demanda, contestaciones a la misma y en alcance al decreto de pruebas, y encuentra plausible aplicar para efectos de su estimación el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción<sup>11</sup>, conforme al cual, aunque trate de proceso regidos probatoriamente por el Código de Procedimiento Civil – CPC, procede en atención al precitado transito legislativo, apreciar la documental en tamiz del artículo 246 del Código General del Proceso<sup>12</sup>, relevando el hecho que obre en fotocopia simple, cuando agregada al expediente, los sujetos procesales no le hayan tachado de falsa, ni repudien de ninguna otra forma su aducción, caso en concreto<sup>13</sup>.

**3.4.3.-** En este orden y como quiera que en contexto de las decisiones parciales que anteceden, son asuntos a resolver en el caso que nos ocupa, la declaratoria de nulidad absoluta del acto de adjudicación, Resolución 028 del 04 de febrero de 2011 y del Contrato 013 suscrito el 18 de febrero de 2011, entre la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S. Destacan para el debate los siguientes **medios de prueba:**

<sup>11</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, explicitada en sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado interno 25.022

<sup>12</sup> “Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

*Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”.*

<sup>13</sup> Las documentales allegadas por las partes, se agregaron en auto de decreto de pruebas; en cuanto a las respuestas a los oficios recaudados en etapa probatoria se pusieron en conocimiento de las partes.

<b>Antecedentes contractuales</b>		
<p><b>RESOLUCIÓN No. 064</b>                      “Por medio de la cual se ordena la apertura del proceso de Licitación pública No. TMSA-LP 004 DE 2009</p>	<p>Ordenar la apertura del proceso de <b>LICITACION PUBLICA TMSA-LP 004 DE 2009</b> cuyo objeto es SELECCIONAR LAS PROPUESTAS MÁS FAVORABLES PARA LA ADJUDICACIÓN DE TRECE (13) CONTRATOS DE CONCESIÓN, CUYO OBJETO SERÁ LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP: 1) USAQUÉN, 2) ENGATIVÁ, 3) FONTIBÓN, 4) SAN CRISTÓBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME</p>	<p>cd</p>
<p><b>PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO LICITACIÓN PÚBLICA NO. TMSA-LP-004 DE 2009</b></p>	<p><b>“CAPÍTULO II</b></p> <p><b>REQUISITOS GENERALES PARA PARTICIPAR</b></p> <p><b>2. REQUISITOS GENERALES PARA PARTICIPAR</b></p> <p><i>Podrán participar en el presente proceso de selección las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, ya sea de manera individual o conformando promesa de sociedad futura, y presentar <b>propuesta</b> según las siguientes opciones:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- De una hasta tres zonas sin operación troncal.</li> <li>- Hasta dos zonas con operación troncal.</li> <li>- Una zona con operación troncal y una zona sin operación troncal.</li> </ul> <p><i>En ningún caso una misma persona (natural o jurídica, nacional o extranjera), podrá participar en más de una <b>propuesta</b> para una misma <b>zona</b> de operación. Tampoco podrá hacerlo a través de una sociedad controlada o su matriz, o cuando pertenezcan a un <b>grupo empresarial</b>, ni a través de personas con las cuales tenga una relación hasta el tercer grado de consanguinidad o tercer grado de afinidad o primero civil, igualmente quien sea <b>beneficiario real</b> de una (s) persona (s) natural (es) o jurídica (s) que participe (n) en la presente <b>licitación</b>, no podrá participar en la misma a ningún título. En caso de no cumplirse estas condiciones, <b>TRANSMILENIO S.A.</b> rechazará todas las <b>propuestas</b> que no se ajusten a lo aquí establecido. Los <b>proponentes</b> o sus integrantes (salvo los <b>propietarios</b> que de acuerdo con las reglas establecidas en el presente pliego solo podrán presentarse en una propuesta) podrán participar en un número máximo de propuestas, de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de este Capítulo. En ningún caso una misma persona (natural o jurídica, nacional o extranjera) podrá hacerlo a través de una sociedad controlada o su matriz, o cuando pertenezcan a un <b>grupo empresarial</b>, ni a través de personas con las cuales tenga una relación hasta el tercer grado de consanguinidad o tercer grado de afinidad o primero civil, igualmente quien sea <b>beneficiario real</b> de una (s) persona (s) natural (es) o jurídica (s) que participe (n) en la presente <b>licitación</b>, no podrá participar en la misma a ningún título. En caso de no cumplirse estas condiciones, <b>TRANSMILENIO S.A.</b> rechazará todas las <b>propuestas</b> que no se ajusten a lo aquí establecido.</i></p> <p><b>Nota:</b> El único evento en el cual una misma persona podrá participar en más de una <b>propuesta</b> por <b>zona</b> de operación será en el caso de que las <b>propuestas</b> sean presentadas por <b>proponentes</b> bajo la figura de sociedades anónimas abiertas, siempre y cuando la participación del <b>proponente</b> no implique el control de las dos o más sociedades y/o la persona no detente más del diez por ciento (10%) de la propiedad accionaria en dichas sociedades.</p> <p><i>El (los) interesado (s) deberá (n) cumplir además los requisitos habilitantes contenidos en el presente <b>pliego</b>, y en especial con lo indicado en los siguientes subnumerales:</i></p> <p><b>2.1 INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES</b></p> <p><i>Quienes participen en este proceso de selección, no podrán encontrarse incursos dentro de alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar a que se refieren la Constitución Política, el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes. El <b>proponente</b> no podrá estar incurso en las causales de inhabilidad establecidas en los incisos sexto y séptimo del numeral 6.3 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 y no deberá estar reportado en el Boletín de Responsables Fiscales vigente, publicado por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), en concordancia con el artículo 60 de la Ley 610 de 2000. El <b>proponente</b> declarará en la carta de presentación de la <b>propuesta</b> que no se encuentra incurso dentro de dichas inhabilidades e incompatibilidades.</i></p> <p><i>En el caso de <b>proponentes</b> que constituyan <b>promesa de sociedad futura</b>, sus integrantes no deberán estar incursos en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar con el Estado, establecidas en la Constitución Política y en la Ley.</i></p> <p><i>Los interesados en este proceso de selección deben tener presente de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, que para poder participar en un proceso de selección, formular <b>propuestas</b>, suscribir el <b>contrato</b> y para la realización de cada pago derivado del contrato, deben acreditar estar al día en el pago de los aportes parafiscales correspondientes. Los interesados deberán tener en cuenta el contenido del artículo 5o. de la Ley 828 de 2003 “Sanciones Administrativas”, en cuyo tercer inciso se</i></p>	<p>Folios 60 al 185 c 2, 1 al 214 c 5</p>

	<p>establece, en relación con la elusión o evasión de las obligaciones para con el sistema general de seguridad social en salud y pensiones: "El no pago de las multas aquí señaladas inhabilitará a la persona natural o jurídica para contratar con el Estado mientras persista tal deuda, salvo que se trate de procesos concursales y existan acuerdos de pago según la Ley 550 de 1999".</p> <p><b>Nota:</b> En un eventual caso de contradicción entre las inhabilidades e incompatibilidades aquí establecidas y las señaladas en la normatividad vigente, primará lo establecido en esta última.</p> <p>(...)</p> <p><b>3.3. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS</b></p> <p>Una <b>propuesta</b> será admisible cuando haya sido presentada oportunamente y se halle ajustada al <b>pliego de condiciones</b>. Se considera ajustada al <b>pliego de condiciones</b>, la <b>propuesta</b> que cumpla todos y cada uno de los requisitos establecidos y no se halle incurso en ninguna de las causales de rechazo establecidas expresamente en el presente <b>pliego de condiciones</b>, ni comprendida en uno de los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1) Cuando el <b>proponente</b> se halle incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar establecidas en la Constitución o en la ley.</li><li>2) Cuando la <b>propuesta</b> sea presentada por personas jurídicamente incapaces para obligarse o que no cumplan los requisitos habilitantes para la participación, indicados en este <b>pliego de condiciones</b>.</li><li>3) La no presentación de la <b>proforma 8</b> o el no diligenciamiento de la renta fija mensual y del valor de los vehículos.</li><li>4) Cuando el Valor Total verificado y corregido de la <b>propuesta económica</b>, sea <b>mayor o menor al rango autorizado en el presente pliego</b>.</li><li>5) Cuando para esta misma <b>licitación</b> un <b>proponente</b> tenga uno o varios socios o control societario común con otro <b>proponente</b>, o se configure como <b>beneficiario real</b> de otro <b>proponente</b> incluso si se trata de <b>zonas</b> distintas, con las excepciones previstas en este <b>pliego de condiciones</b>.</li><li>6) Cuando para esta misma <b>licitación</b> una <b>promesa de sociedad futura</b> esté conformada por integrantes comunes con otro <b>proponente</b>, por sí o por interpuesta persona, o por una empresa que haga parte del mismo <b>grupo empresarial</b> o que tenga cualquier socio común, incluso si se trata de <b>zonas</b> distintas, con las excepciones previstas en este <b>pliego de condiciones</b>.</li><li>7) Cuando la <b>propuesta</b> esté incompleta por no incluir alguno de los documentos exigidos en este <b>pliego</b> o cuando contengan defectos generadores de rechazo, según lo dispuesto en este <b>pliego</b> y en armonía con lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 10º del D.2474 de 2008.</li><li>8) Cuando no se suscriba la Carta de Presentación de la <b>propuesta</b> por el representante legal del <b>proponente</b>, o cuando el representante respectivo no se encuentre debidamente autorizado para presentar la <b>propuesta</b> de acuerdo con los estatutos sociales o sus equivalentes o con el documento de integración de la <b>promesa de sociedad futura</b>.</li><li>9) Cuando el <b>proponente</b> no aclare o lo haga incorrectamente o por fuera del término fijado, la información o documentación solicitada por <b>TRANSMILENIO S.A.</b>, respecto de un requisito o documento cuya omisión o deficiencias generen, de acuerdo con la ley, el rechazo de la <b>propuesta</b>.</li><li>10) Las <b>propuestas</b> que presenten situaciones, circunstancias, características o elementos que impidan su comparación objetiva con las demás <b>propuestas</b>.</li><li>11) Cuando el <b>proponente</b> o alguno de los integrantes de la <b>promesa de sociedad futura</b>, haya participado en los estudios de estructuración de la <b>concesión</b> objeto de la presente <b>licitación</b>, bajo las reglas de conflicto de interés establecidas en el presente <b>pliego de condiciones</b>.</li><li>12) Cuando el <b>proponente</b> omita la presentación de los documentos sobre experiencia mínima, en los casos previstos en el Capítulo 3 de este <b>pliego de condiciones</b>.</li><li>13) Cuando se presente la <b>propuesta</b> en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad.</li><li>14) Cuando se omitan requisitos o contenidos que impidan la comparación objetiva de las <b>propuestas</b>.</li><li>15) Cuando no se anexe con la <b>propuesta</b> la garantía de seriedad de la oferta exigida en el presente <b>pliego</b>.</li><li>16) Cuando no se haya efectuado el pago de salarios, prestaciones sociales y parafiscales.</li></ol>	
--	--	--

<p>17) Cuando no se presente la <b>propuesta económica</b> o cuando la misma no esté debidamente firmada por quien está en la obligación legal de hacerlo.</p> <p>18) Cuando no se presente la <b>propuesta técnica</b>.</p> <p>19) Cuando se verifique que las <b>proformas</b> no sean presentadas, no estén diligenciadas o firmadas.</p> <p>20) Cuando se compruebe que un <b>proponente</b> ha interferido, influenciado u obtenido correspondencia interna, proyectos de conceptos de evaluación o de respuesta a observaciones no enviados oficialmente a los <b>proponentes</b>.</p> <p>21) Cuando se compruebe confabulación entre los Interesados o <b>proponentes</b> tendiente a alterar la aplicación de los principios fijados por <b>Transmilenio S.A.</b> para la presente <b>licitación</b>.</p> <p>22) Cuando en la <b>propuesta</b> se encuentre información o documentos que contengan datos tergiversados, alterados o que contengan errores que determinen el resultado de la evaluación.</p> <p>23) Cuando la <b>propuesta</b> se reciba con posterioridad a la fecha y hora fijadas para el cierre de la <b>licitación</b> o haya sido enviada por correo.</p> <p>24) Cuando el <b>proponente</b> no cumpla con lo exigido en este <b>pliego</b> en relación con la suficiencia del objeto social y/o la duración exigida al momento del cierre de la presente <b>licitación</b>.</p> <p>25) Cuando durante el término de evaluación de las <b>propuestas</b> y hasta la fecha de <b>adjudicación</b> del <b>contrato</b> se evidencie que no es veraz la información suministrada en la <b>propuesta</b> relacionada con la validez jurídica de la misma o con cualquiera de los criterios de evaluación.</p> <p>26) Cuando un tercero que actúe en nombre del <b>proponente</b>, ya sea como empleado, representante legal, director y/o administrador, un agente comisionista independiente, como asesor y/o como consultor, ofrezca dinero u otra utilidad con el fin de influir en la determinación de las condiciones del presente <b>pliego de condiciones</b> y/o del <b>contrato de concesión</b> contenido en el <b>anexo 4</b> del mismo documento y/o en la evaluación de las <b>propuestas</b> y/o en la <b>adjudicación</b> de la presente <b>licitación pública</b>.</p> <p>27) En los demás casos expresamente establecidos en el presente <b>pliego de condiciones</b>.”</p> <p>(...)</p> <p><b>“4.6 DETERMINACIÓN DEL ORDEN DE ELEGIBILIDAD</b> <b>4.6.1 PROCEDIMIENTO</b> Para la determinación del orden de elegibilidad se realizará de acuerdo con el siguiente procedimiento:</p> <p><b>A. Verificación, calificación y ponderación de los factores y criterios técnicos de escogencia distintos a la Propuesta Económica.</b></p> <p>En primer lugar se procederá a revisar los siguientes factores y criterios de escogencia asignando los respectivos puntajes, cuya documentación se presentó en el Sobre No. 1 de la <b>Propuesta</b>: Estrategia de democratización Participación de <b>Propietarios</b> Participación de empresas de transporte público colectivo Participación de empresas de transporte masivo (únicamente en las <b>zonas con operación troncal</b>) Protección a la industria nacional Información sobre cumplimiento de contratos estatales y normatividad de transporte</p> <p><b>B. Publicación del informe de evaluación.</b></p> <p>En segundo lugar, previa calificación y ponderación de los factores relacionados en los numerales 4.5.1, 4.5.2, 4.5.3, 4.5.4, 4.5.5 y 4.5.6 se publicará el informe de evaluación con el fin de que los <b>Proponentes</b> lo conozcan y para que puedan presentar las observaciones y contraobservaciones que estimen pertinentes, de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en el numeral 4.10 del presente <b>Pliego de Condiciones</b>.</p> <p><b>C. Apertura del sobre económico.</b> Efectuada la publicación del informe de evaluación y habiéndose surtido el traslado para observaciones a dicho informe y para las contra observaciones, se procederá a la celebración de la audiencia de <b>Adjudicación</b>, donde se dará respuesta a las observaciones presentadas por los <b>Proponentes</b> y se publicará el informe de evaluación definitivo estableciendo el orden de elegibilidad para cada una de las <b>Zonas</b>. En dicha audiencia se dará apertura a la urna entregada a la empresa especializada en custodia de valores, abriendo los sobres No. 2 – <b>Propuesta Económica</b>, de cada una de las <b>Propuestas</b> presentadas que contienen la oferta económica, previa verificación de los sellos y/o firmas que por seguridad se hayan estampado para garantizar la no adulteración o cambio de dichos sobres.</p>	
--	--

<p>La apertura de los sobres seguirá el siguiente procedimiento:</p> <p><b>Primera Ronda</b></p> <p><b>Zonas con operación troncal</b></p> <p>1) Se verificará para cual de las zonas troncales existe un único proponente, y esa será la primera <b>Zona</b> en la cual se dará apertura a los sobres No. 2 – <b>Propuesta Económica</b>. Si la propuesta cumple con los requisitos exigidos en el presente pliego ésta será adjudicada.</p> <p>2) Se continuará con la apertura de los sobres No. 2 – <b>Propuesta Económica</b> de acuerdo con el tamaño de las zonas para la cual se postulan, de mayor a menor determinado por el número de vehículos correspondientes a la zona.</p> <p>3) En cada uno de los casos, verificados los requisitos de la oferta se establecerá el orden de elegibilidad y se adjudicará la zona correspondiente a quien tenga la mayor calificación en la suma de todos los factores de evaluación.</p> <p><b>Zonas sin operación troncal</b></p> <p>1) Se verificará para cual de las zonas existe un único proponente, y esa será la primera <b>Zona</b> en la cual se dará apertura a los sobres No. 2 – <b>Propuesta Económica</b>. Si la propuesta cumple con los requisitos exigidos en el presente pliego ésta será adjudicada.</p> <p>2) Se continuará con la apertura de los sobres No. 2 – <b>Propuesta Económica</b> de acuerdo con el tamaño</p> <p>119</p> <p>de las zonas para la cual se postulan, de mayor a menor determinado por el número de vehículos correspondientes a la zona.</p> <p>3) En cada uno de los casos, verificados los requisitos de la oferta se establecerá el orden de elegibilidad y se adjudicará la zona correspondiente a quien tenga la mayor calificación en la suma de todos los factores de evaluación.</p> <p><i>Nota: Un mismo proponente podrá participar y ser adjudicatario inicial de un máximo de zonas, así:</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Dos zonas de operación troncal, o</li><li>2. Una zona de operación troncal y una no troncal, o</li><li>3. Tres zonas de operación no troncal</li></ol> <p><b>Segunda Ronda</b></p> <p>Se dará una segunda ronda de adjudicación en el caso en que surtido el procedimiento de primera ronda queden zonas sin adjudicar.</p> <p>En este caso se suspenderá el proceso de adjudicación durante un mes en el cual los <b>proponentes</b> deberán ajustar su propuesta en el sentido de cumplir con todos los requisitos habilitantes, garantizando la inclusión de los propietarios participantes en su oferta inicial, manteniendo los valores establecidos en la oferta para la renta fija mensual y para el valor de los vehículos y completándola –en caso de ser necesario- para la tipología vehicular requerida para cada zona. Igualmente deberán formular una nueva propuesta económica para la zona sin adjudicar a la cual apliquen.</p> <p>Para efectos de esta segunda ronda es importante tener en cuenta los siguientes aspectos que forman parte del desarrollo del proceso:</p> <p><b>Zona Adjudicada (ZA):</b> Corresponde a la zona que se encuentra adjudicada a un proponente como resultado de la primera o segunda ronda –según sea el caso-.</p> <p><b>Zona no Adjudicada (ZNA):</b> Corresponde a la zona que no fue objeto de adjudicación en la primera o segunda ronda –según sea el caso-.</p> <p><b>Proponente No adjudicatario (PNA):</b> Corresponde al proponente que no tiene adjudicada ninguna zona en la primera o segunda ronda –según sea el caso-.</p> <p><b>Proponente Adjudicatario Total (PAT):</b> Se trata del proponente a quien ya se le adjudicaron el máximo de zonas previstas en la primera ronda del presente proceso.</p> <p><b>Proponente Adjudicatario con Opción (PAO):</b> Se trata del proponente a quien se le adjudicó una o varias zonas, pero que aún no cumple el tope máximo de zonas en las cuales puede participar, previstas en la primera o segunda ronda del proceso –según sea el caso-. 120</p> <p>En la segunda ronda se pueden presentar las siguientes situaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>a. Número de ZNA menor o igual a los PNA</li></ol> <p>Una vez transcurrido el mes y verificados los requisitos de la oferta, se establecerá el orden de elegibilidad y se adjudicará la zona a la oferta que sumados todos los factores de evaluación tenga mayor puntuación. En este evento solo podrán participar los PNA.</p> <ol style="list-style-type: none"><li>b. Número de ZNA mayor al número de PNA</li></ol> <p>Se seguirán las mismas reglas de adjudicación establecidas en la primera ronda.</p> <p>Una vez transcurrido el mes y verificados los requisitos de la oferta, se establecerá el orden de elegibilidad y se adjudicará la zona a la oferta que sumados todos los factores de evaluación tenga mayor puntuación. En este evento solo podrán participar los PNA y los PAO, en el caso de que en una zona se presenten propuestas por parte de PNA y PAO elegibles, se</p>	
--	--

	<p>adjudicará al PNA; si hay varios PNA en dicha zona se adjudicará al que obtenga la mayor puntuación.                  c. Número de ZNA sea mayor a la suma de PNA y PAO</p> <p>Se seguirán las mismas reglas de adjudicación establecidas en la primera ronda, salvo la relativa al máximo de zonas a las cuales podrá presentarse un mismo proponente.                  Una vez transcurrido el mes y verificados los requisitos de la oferta, se establecerá el orden de elegibilidad y se adjudicará la zona a la oferta que sumados todos los factores de evaluación tenga mayor puntuación. En este evento podrán participar los PNA, los PAO y los PAT; en el caso de que en una zona se presenten propuestas por parte de PNA, PAO y PAT elegibles, se adjudicará al PNA; si hay varios PNA en dicha zona se adjudicará al que obtenga la mayor puntuación. En el caso de que en una zona se presenten propuestas por parte de PAO y PAT elegibles, se adjudicará al PAO; si hay varios PAO en dicha zona se adjudicará al que obtenga la mayor puntuación.                  d. No existen PNA y el número de ZNA sea menor o igual a los PAO</p> <p>Una vez transcurrido el mes y verificados los requisitos de la oferta, se establecerá el orden de elegibilidad y se adjudicará la zona a la oferta que sumados todos los factores de evaluación tenga mayor puntuación. En este evento solo podrán participar los PAO.                  e. No existen PNA y el número de ZNA sea mayor a los PAO</p> <p>Una vez transcurrido el mes y verificados los requisitos de la oferta, se establecerá el orden de elegibilidad y se adjudicará la zona a la oferta que sumados todos los factores de evaluación tenga 121 mayor puntuación. En este evento solo podrán participar los PAO y los PAT, en el caso de que en una zona se presenten propuestas por parte de PAO y PAT elegibles, se adjudicará al PAO; si hay varios PAO en dicha zona se adjudicará al que obtenga la mayor puntuación.                  Es importante anotar que para todas estas situaciones se otorgará un plazo de un mes, para que dichos proponentes ajusten su oferta en el sentido de cumplir con todos los requisitos habilitantes, garantizando la inclusión de los propietarios participantes en su oferta inicial, manteniendo los valores establecidos en la oferta para la renta fija mensual y para el valor de los vehículos y completándola –en caso de ser necesario- para la tipología vehicular requerida para cada zona. Igualmente deberá formular una nueva propuesta económica para la zona sin adjudicar a la cual aplique.  <b>Tercera Ronda</b>                  Si finalizado el anterior procedimiento existen zonas sin adjudicar, se repetirá el procedimiento indicado en la segunda ronda. Si finalizada esta tercera ronda existen zonas sin oferta elegible se declararán desiertas.</p>	
<p>TRANSMILENIO S.A.                  INFORME DEFINITIVO DE EVALUACION – COMITÉ EVALUADOR 29 DE OCTUBRE DE 2010</p>	<p>A través del cual el comité evaluador conceptua causal de rechazo de requisitos habilitantes de la demandada en primera ronda en los siguientes términos:  <b>“2.3 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE SAS</b>                  En el documento de constitución de la promesa fueron incluidos todos los elementos que regula el artículo 110 del Código de Comercio, toda vez que no se indicó la determinación del capital autorizado, suscrito y pagado, falta, entonces uno de los elementos esenciales del contrato de promesa. Esto afecta la capacidad jurídica del proponente, tema que no puede ser objeto de subsanación, lo cual genera que la propuesta se halle en la causal de rechazo prevista en el subnumeral 2 del numeral 3.3. del pliego de condiciones.                  Por las razones descritas, el <b>comité evaluador recomienda proceder con el rechazo de la propuesta del proponente”</b></p>	<p>cd</p>
<p>Adendas No. 15, 16, y 17 licitación pública No TSMA-LP-004 de 2009 del 9, 30 de noviembre y 2 de diciembre de 2010, respectivamente</p>	<p>A través de las cuales se modifica el cronograma de la licitación y señala “la entrega de la propuesta sellada ajustada, identificando la zona de Perdomo”</p>	<p>Folio 475 al 482 c 3</p>
<p>Solicitud del 9 de noviembre de 2010, radicada por la Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS</p>	<p>A través de la cual se solicita dejar sin efectos la adenda No 15, y se proceda a expedir una nueva adenda, en la que se de aplicación al literal a) del numeral 4.6.1 (segunda ronda) y en donde se indique que la Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS puede participar</p>	<p>Folios 1006 al 1010 c 2</p>
<p>Oficio del 26 de noviembre de 2010, denominado Actuación Preventiva Proceso Licitatorio SIPT</p>	<p>Por medio del cual, la Procuraduría General de la Nación, conceptúa:  <b>“...se pueden ajustar TODAS las propuestas originalmente presentadas en la licitación en lo atinente a los requisitos habilitantes no cumplidos y completarla en los aspectos técnicos y económicos relacionados con las exigencias de la zona pendiente de adjudicación.</b>                  Es decir, no solo las propuestas declaradas elegibles podrán presentar oferta para la segunda ronda de la licitación.</p>	<p>Folios 1006 al 1010 c 2</p>

	(...) <i>"... esta nueva posibilidad de subsanar los requisitos de la oferta, no pueden exceder el texto legal y permitir que se validen requisitos que, en los términos de ley, resultan insubsanables, como la capacidad para presentar oferta, o que se acrediten situaciones ocurridas después del cierre de la licitación, cuestión que deberá ser analizada por TRANSMILENIO S.A. al momento de recibir los ofrecimientos para la "segunda ronda"</i> <i>En tal sentido, se solicita verificar el contenido de la Adenda No 15 y se sugiere ajustarlo a la normatividad vigente, respetando el principio de perentoriedad y preclusividad de las etapas de la licitación pública, así como la intangibilidad del pliego de condiciones."</i>	
Propuesta presentada por el Consorcio Asociado bajo la Promesa de Sociedad Futura con objeto único GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.S., del 2 de diciembre de 2010	En aras de participar en la segunda ronda, se presenta nueva oferta, con los que se pretende superar el incumplimiento a requisitos habilitantes que conllevaron a rechazo en primera ronda.	Folios 484 al 598 c 3
Respuesta a petición rendida por TRANSMILENIO	Data del 9 de diciembre de 2010, en el que se aclara al aquí demandante lo siguiente:  <i>"Sea lo primero aclarar que de acuerdo con el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, el artículo 7 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 2 del Decreto 2025 de 2009, las adendas son actos administrativos a través de los cuales se modifican el pliego de condiciones y los documentos del proceso de selección. Por lo anterior no puede accederse a su solicitud de expedir una adenda en el sentido de autorizar que la promesa de sociedad futura Alianza de Occidente pueda ajustar su propuesta "en lo atinente a los requisitos habilitantes no cumplidos"</i> <i>Sea lo segundo responder a la cita textual del escrito de la Procuraduría General de la Nación según la cual "...no solo las propuestas declaradas elegibles podrían presentar oferta para la segunda ronda de licitación (...)" sobre ello la entidad desea reiterarle al igual que lo hizo en radicado 2010EE7863 del 6 de Diciembre de 2010 que las observaciones presentadas "tienen que ver con aspectos que serán objeto de valoración jurídica por parte del comité evaluador en el momento en el que se realice la evaluación de las propuestas que se presentan en segunda ronda". Es importante resaltar que en la misma comunicación que usted cita, el Ente de Control expresa que "esta nueva posibilidad de subsanar los requisitos de la oferta, no pueden exceder el texto legal y permitir que se validen requisitos que, en los términos de ley, resultan insubsanables, como la capacidad para presentar oferta, o que se acrediten situaciones ocurridas después del cierre de la licitación, cuestión que deberá ser analizada por TRANSMILENIO S.A. al momento de recibir los ofrecimientos para la "segunda ronda"</i>	Folio 1012 al 1013 c 2
Acta de la continuación de la audiencia pública de adjudicación del 4 de febrero de 2011	Se constata la presencia entre otros de Oscar Suarez Ortiz de Egobus S.A.S  Audiencia en la que, solamente se adelanta la apertura de sobre y asignación de puntaje a oferta económica de las proponentes EGOBUS y COOBUS, bajo la precisión que la Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS, <b>fue rechazada.</b>  Una vez se realiza la apertura con las ofertas económicas presentadas se adelanta el orden de elegibilidad colocando a Egobus en primer orden y adjudicando a su favor el contrato.	Folios 752 al 760 c 4
Observaciones presentadas por Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS	A través de la cual advierte que el pliego hace referencia a proponente para participar en segunda ronda y no consigna la frase proponente elegible, advirtiendo que si los pliegos no hacen dicha distinción no es dable al operador jurídico hacerla o pretender modificación al pliego a través de un mecanismo diferente al de una adenda.  Agrega además que en su calidad de proponente en la licitación TMSA-LP-004 de 2009, no siendo adjudicatario en primera ronda, único adjudicatario en segunda ronda, y habiéndose ajustado los requisitos habilitantes y su capacidad y la de sus integrantes, cumpliendo así con las disposiciones legales y del pliego de condiciones, el contrato deberá adjudicársele.	Folio 762 al 770 c4
Resolución No 028 del 4 de febrero de 2011, por la cual se adjudica zona Perdomo dentro de la licitación pública TMSA LP-004 de 2009	A través del cual se adjudicó la licitación pública No TMSA-LP-004 de 2009 zona Perdomo a la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., cuyo representante legal es el señor <b>OSCAR SUAREZ ORTIZ</b>	Folios 772 al 777 c 2
		Folios 782 al 1004 c 2

<p>Contrato No 013 de 2010 de concesión para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SIPT para la zona 11) Perdomo</p>	<p><b>Suscrito el 18 de febrero de 2011</b>, por la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS EGOBUS SAS.</p>	
<p>Testimonio rendido por JAVIER HERNANDEZ</p>	<p>En calidad de Viceministro de Infraestructura en el Ministerio de Transporte, quien manifestó: que la licitación pública exigía seguir las pautas establecidas por la legislación que las promesas de propiedad futura debían cumplir con los requisitos de constitución que establece el Código de Comercio, entre ellos, el capital suscrito, pagado y autorizado, ni este capital ni los requisitos del orden financiero eran iguales a las exigencias contractuales en materia de cierre financiero.</p> <p>Reseña en su relato que el procedimiento previsto en el pliego de condiciones para la segunda ronda consistía en la suspensión de la audiencia de adjudicación únicamente para aquellas zonas que no contaran con adjudicatario en dicha audiencia con el fin de permitir que durante el plazo de la suspensión los proponentes pudieran ajustar su oferta específicamente en materia de capacidad financiera y número de propietarios vinculados para realizar la continuación de la adjudicación con aquellos proponentes que hubieran efectuado dicho ajuste. Agrega que para presentarse en la segunda ronda se debían ajustar la capacidad financiera y el número de propietarios para las zonas respectivas, y presentar la propuesta económica correspondiente para la zona. Los demás requisitos por tratarse de una etapa dentro del mismo proceso de selección ya habían sido evaluados en primera ronda, en consecuencia, para la segunda ronda, solo podían ser considerados los proponentes que hubieran cumplido con los requisitos habilitantes, pues no se trataba de un nuevo proceso sino de la continuación del mismo, por lo cual únicamente podían participar quienes habían presentado y habilitado en la primera ronda.</p>	<p>Folio 550 al 554 c 1</p>
<p>Testimonio rendido por CLARA ELENA ZABARAIN</p>	<p>Quien manifestó que el documento constitutivo del contrato de promesa de sociedad debe reunir todos los elementos que le son propios de tal manera que para que la prometida sociedad se convierta en tal, solo le falte la formalidad de elevarlo en el caso de que ello se requiera a escritura pública; para el caso de promesa de sociedad futura ALIANZA DE OCCIDENTE no pacto o lo hizo de manera incorrecta lo relativo al capital autorizado suscrito y pagado, agregando que el documento de constitución en las cláusulas relativas al capital, en la parte relativa a su monto aparecen solamente las letras X, por tal situación, el comité evaluador y la testigo en calidad de presidenta, determinó que el proponente promesa de sociedad futura ALIANZA DE OCCIDENTE no satisfacía el requisito habilitante de capacidad jurídica por lo cual su propuesta fue rechazada y el mismo proponente no fue habilitado para seguir el proceso. Aunado, reseña que hubo otra razón para no habilitar al proponente en cuestión relativa al cumplimiento de los requisitos relativos a demostración de experiencia para la consecución de recursos en cabeza del asistente financiero por parte del doctor MAURICIO ESCOBAR HURTADO.</p> <p>Precisa además que la segunda y tercera ronda se concibieron como parte de un único proceso en el cual la habilitación por cumplimiento de los requisitos técnicos, jurídicos y financieros se hacía de conformidad con el cronograma de la licitación a todas las propuestas y proponentes presentados en un único momento, el previsto para ello en el pliego de condiciones. Por tal motivo, la presentación de propuesta para la adjudicación en segunda ronda, al advertirse por el comité evaluador el vicio en la constitución del proponente, la propuesta no podía ser habilitada y, por lo tanto, debía ser rechazada.</p>	<p>Folios 633 al 636 c 2</p>
<p>Testimonio rendido por RIGOBERTO LUGO, Miembro del comité evaluador en el aspecto financiero</p>	<p>Manifestó que el ajuste de los requisitos habilitantes se justificaba porque para cada una de las zonas se establecían en materia de requisitos financieros y técnicos unos valores correspondientes a esa específica zona, por cuanto se trataba del mismo proceso licitatorio el cual ya se había dado el dictamen respecto al cumplimiento de los requisitos habilitantes y particularmente, el requisito en materia jurídica, el cual según la legislación no puede ser subsanado.</p>	
<p>Informe bajo la gravedad del juramento rendido por ALIRIO HERNAN RUIZ GARCIA en calidad de Representante Legal de Correval SAS, persona jurídica que ostenta la representación legal de EGOBUS SAS</p>	<p>Quien manifestó que \$20.000.000 fue el capital autorizado, suscrito y pagado y de la sociedad de manera inicial, el cual se encuentra en los documentos contables presentados, y dichos fueron dados en aportes y \$600.000.000 corresponden a los gastos y compromisos de la sociedad y que en nada reflejan el capital social constituido.</p>	<p>Folios 599 al 608 c1</p>

Dictamen rendido por el auxiliar de la justicia JOSE DOUGLAS RAYO contador	A través del cual se determina el valor comercial de cada una de las empresas socias del proponente, a la fecha del cierre de la licitación publica TMSA-LP-004 de 2009, tomando al efecto la información que reposa en los estados financieros de cada una de las empresas participantes, con el flujo de negocios adelantado por cada una de ellas, y aplicando a las mismas la pérdida del valor empresarial que se desprende del hecho de no poder ejercer la actividad de transporte publico de pasajeros urbano en la ciudad de Bogotá, por no ser adjudicatarios dentro del esquema del sistema integrado de transporte publico (SIPT)	Cuaderno 9
Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia CARLOS MANUEL LOBO COLMENARES	En el que se estableció la suma de VEINTI DOS MIL TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$22.031.773.134) como monto del perjuicio causado, a la fecha de rendición del dictamen.	Cuaderno 8

**4.4.5-** Contexto probatorio del que apreciado en conjunto con los hechos admitidos y conforme a las reglas de la sana critica, en tamiz de los problemas jurídicos planteados, se tienen como relevantes los siguientes **hechos probados**:

- TRANSMILENIO dio apertura a la licitación pública No TSMA-LP-004 de 2009, cuyo objeto era SELECCIONAR PROPUESTAS MAS FAVORABLES PARA LA LIQUIDACION DE 13 CONTRATOS DE CONCESIÓN, CUYO OBJETO SERA PARA EXPLOTACION PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA DE LA PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP: 1) USAQUEN, 2) ENGATIVA, 3) FONTIBON, 4) SAN CRISTOBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTALZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME.
- El pliego de condiciones de la licitación pública No TSMA-LP-004 de 2009, permitió la participación en el proceso de selección de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, ya sea de manera individual o conformando **promesa de sociedad futura**.

El pliego estableció el procedimiento para la determinación del orden de elegibilidad, así: i) verificación, calificación y ponderación de los factores y criterios técnicos de escogencia distintos a la Propuesta Económica, ii) Publicación del informe de evaluación y iii) apertura de sobre económico.

Respecto del procedimiento de la apertura de sobres se previeron tres rondas, a saber, en la primera ronda, si la propuesta cumplía con todos los requisitos exigidos, seria adjudicado el contrato, en caso de que surtido el tramite de primera ronda quedaran zonas sin adjudicar, se daría tramite a una segunda ronda, en la que se

suspendería el proceso de adjudicación durante un mes en el cual los **proponentes** deberían ajustar su propuesta en el sentido de cumplir con todos los requisitos habilitantes, garantizando la inclusión de los propietarios participantes en su oferta inicial, manteniendo los valores establecidos en la oferta para la renta fija mensual y para el valor de los vehículos y completándola –en caso de ser necesario- para la tipología vehicular requerida para cada zona. Igualmente deberán formular una nueva propuesta económica para la zona sin adjudicar a la cual apliquen. Así mismo, si finalizado el anterior procedimiento existieren zonas sin adjudicar, se repetiría el procedimiento indicado en la segunda ronda, procediendo así a una tercera ronda. Si finalizada esta tercera ronda existen zonas sin oferta elegible se declararán desiertas.

La demandante presentó su propuesta para participar en la primera licitación pública en comento, - primera ronda-, bajo la figura jurídica de PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE SAS., propuesta que fue rechazada según informe definitivo de evaluación y conforme lo acepta el demandante, por no cumplir con los elementos que regula el artículo 110 del Código de Comercio, toda vez que, no se indicó la determinación del capital autorizado, suscrito y pagado, faltando así uno de los elementos esenciales del contrato de promesa; lo que afectaba la capacidad jurídica del proponente, y cuyo tema no podía ser objeto de subsanación.

- **El 9 de noviembre de 2010**, TRANSMILENIO S.A., expidió la Adenda No 15 en la que señaló, tal como lo afirma la activa en numeral 15 de la demanda, que en segunda ronda de adjudicación para la zona 11) Perdomo, la cual no había sido adjudicada en primera ronda, podrían participar quienes contaran con la calidad de proponentes elegibles, además modificó los dos primeros párrafos y el cuadro del procedimiento para la segunda ronda del Pliego de Condiciones y señaló la nueva forma de presentar proformas.

- Mediante Adendas No 16 y 17, se modificó el cronograma de la licitación – segunda ronda.

Para la misma fecha, 9 de noviembre de 2010, la Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS., solicitó a TRANSMILENIO dejar sin efectos la adenda No 15, y proceder a expedir una nueva adenda, en la que se de aplicación al literal a) del numeral 4.6.1 (segunda ronda) y en donde se indicará que

la Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS podía participar en segunda ronda.

- La adenda No 15, según lo establecido por la activa quedó sin efecto mediante Resolución 644 de 2010, hecho que aceptan las demandadas.
- **El 26 de noviembre de 2010**, en respuesta a consulta elevada por TRANSMILENIO, la Procuraduría General de la Nación conceptuó que se podrían ajustar todas las propuestas originalmente presentadas en la licitación en lo atinente a los requisitos habilitantes no cumplidos y completarla en los aspectos técnicos y económicos relacionados con las exigencias de la zona pendiente de adjudicación; y agregó que, la *“nueva posibilidad de subsanar los requisitos de la oferta, **no pueden exceder el texto legal y permitir que se validen requisitos que, en los términos de ley, resultan insubsanables, como la capacidad para presentar oferta, o que se acrediten situaciones ocurridas después del cierre de la licitación, cuestión que deberá ser analizada por TRANSMILENIO S.A. al momento de recibir los ofrecimientos para la “segunda ronda”. En tal sentido, se solicita verificar el contenido de la Adenda No 15 y se sugiere ajustarlo a la normatividad vigente, respetando el principio de perentoriedad y **preclusividad de las etapas de la licitación pública, así como la intangibilidad del pliego de condiciones.**”***
- **El 2 de diciembre de 2010**, el Consorcio Asociado bajo la Promesa de Sociedad Futura GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.S., presentó nueva oferta para participar en segunda ronda.
- **El 4 de febrero de 2011**, en audiencia de adjudicación segunda ronda, la oferta presentada por el Consorcio Asociado bajo la Promesa de Sociedad Futura GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE S.A.S., **fue rechazada**, bajo la consideración que, en primera ronda, la oferta presentada por el proponente fue rechazada por cuanto **no contaba con capacidad jurídica**, y advertido que la segunda ronda, no consistía en un nuevo proceso, sino que fue concebido como un único proceso, el rechazo en primera ronda no podía ser subsanado.
- Mediante Resolución No 028 del 4 de febrero de 2011, se adjudica zona Perdomo dentro de la licitación pública TMSA LP-004 de 2009, a la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES EGOBUS S.A.S., cuyo representante legal para aquel entonces era el señor OSCAR SUAREZ ORTIZ.
- El 18 de febrero de 2011, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. – TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS

EGOBUS SAS., suscriben el Contrato No 013 de 2010 de concesión para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SIPT para la zona 11) Perdomo.

#### **4.5. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL CASO CONCRETO**

**4.5.1- No fueron probados los cargos formulados contra el acto administrativo de adjudicación y en secuencia de ello avizora impróspera la pretensión de declarar la nulidad de la Resolución 028 de fecha 04 de febrero de 2011, emanada de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. Por el cual se adjudica la licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009.**

Premisa en orden de la cual precisa señalar que ninguna de las circunstancias fácticas invocadas por la activa, subsumen en los supuestos jurídicos que el legislador ha consagrado como causales de nulidad del acto administrativo<sup>14</sup>, género que comprende el de adjudicación. Advertido que si bien los actos administrativos gozan del atributo de presunción de legalidad, se trata de una presunción de naturaleza legal y en consecuencia puede ser desvirtuada en sede judicial.

Es así que en contraste con las referidas causales legales de nulidad del acto administrativo: expedición con violación de las normas en que debía fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, mediante falsa motivación o con desviación de poder, fue planteada por la activa, y tampoco probada en contexto del acto administrativo de adjudicación de la Resolución 028 de fecha 04 de febrero de 2011, emanada de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. Por el cual se adjudica la licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009.

Por cuanto si bien y acudiendo a una interpretación extensiva, como quiera y reitera que la activa no desarrolla expresamente el cargo de expedición de forma irregular, emerge de los hechos y fundamentos jurídicos de la demanda, que implícitamente estructura una expedición de forma irregular, al argumentar que en el acto de

---

<sup>14</sup> Artículo 84 Decreto 01 de 1984, vigente para la fecha de los hechos. Causales de nulidad: i) que haya sido expedido por funcionario incompetente; ii) que haya sido expedido en forma irregular; iii) que haya sido expedido desconociendo el derecho de audiencia y defensa; iv) que haya sido expedido mediante falsa motivación; v) que haya sido expedido con desviación de poder.

adjudicación se rechazó ilegalmente la oferta presentada en segunda ronda al demandante, pese a haber subsanado las causales de rechazo en primera ronda; además de haberse adjudicado el contrato el proponente EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS EGOBUS S.A.S., quien no cumplía con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, y haber notificado de la adjudicación a quien no fungía como su representante legal.

En tal secuencia procederá la sala a efectuar el estudio correspondiente frente a cada uno de los cargos reseñados por la activa.

**4.5.1.1. No se encuentra acreditada la ilegalidad del rechazo de la oferta presentada para la segunda ronda, para la zona Perdomo por la promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente SAS; bajo la consideración que todos los proponentes que hacen parte del grupo se encuentran debidamente habilitados.**

Tal como se reseñó en acápite anteriores, el pliego de condiciones de la licitación pública No TSMA-LP-004 de 2009, permitió la participación en el proceso de selección de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, ya sea de manera individual o conformando **promesa de sociedad futura**.

Conforme a lo establecido en el pliego de condiciones, y lo relatado por los testigos, las promesas de sociedad futura que se postularan a la licitación debían haberse constituido en los términos normativos contemplados en el artículo 110 del Código de Comercio, cumpliendo con los requisitos y formalidades legales, su no cumplimiento conllevaría al rechazo de la oferta.

Como hecho no controvertible por la activa, para la primera ronda de la licitación pública No TSMA-LP-004 de 2009, la promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente S.A.S., no cumplió con los requisitos habilitantes, a saber, no se indicó la determinación del capital autorizado, suscrito y pagado, afectando la capacidad jurídica del proponente, lo que motivo su rechazo en esa etapa de la convocatoria.

Acepta la activa que, si bien en primera ronda no se encontraba debidamente constituida la promesa de sociedad futura por ausencia de la descripción del capital social, lo cierto es que, en aras de participar en la segunda ronda, dicha situación fue superada, pues los asociados incurrieron en gastos para constituirse en debida

forma y poder participar en la segunda ronda, tramite este que se dio durante la suspensión fijada por la demandada, para que se ajustaran las propuestas.

Los argumentos expuestos por la activa en aras de justificar el cumplimiento del lleno de los requisitos para participar en la segunda ronda de la licitación pública No TSMA-LP-004 de 2009, no son de recibo, toda vez que, la capacidad jurídica de la sociedad futura para presentar oferta, no está contemplado normativamente como un asunto subsanable, tal como lo establece el Decreto 2474 de 2008, “*por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 10, pues aquel prevé que en ningún caso la entidad podrá permitir que se subsane la falta de capacidad, de manera puntual la norma en comento reseña:

**“Artículo 10. Reglas de subsanabilidad.** *En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.*

*Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00(36.054), confirmado mediante providencia de agosto 6 de 2009.*

**NOTA:** *El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de abril 14 de 2010, rad. 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B.*

*Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.*

*Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.*

***En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” (negrilla fuera de texto)***

En tal contexto, atendiendo a que el rechazo en primera ronda surgió a consecuencia de la falta de capacidad jurídica del proponente - promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Alianza de Occidente S.A.S.-, el mismo no resultaba un requisito habilitante saneable en los términos de la norma antes señalada, y, por ende, al presentarse la propuesta en segunda ronda, el resultado no podía ser otro que su rechazo.

Debe precisarse que la interpretación dada por el demandante al concepto rendido por la Procuraduría General de la Nación resulta errado, pues de la lectura y

comprensión del mismo lo que se avizora es que, en tesis de dicha entidad, todas las propuestas originalmente presentadas en la licitación podrían ajustar las propuestas, en lo atinente a los requisitos habilitantes no cumplidos y completarla en los aspectos técnicos y económicos relacionados con las exigencias de la zona pendiente de adjudicación; sin embargo, preciso que dicha posibilidad de subsanar los requisitos de la oferta **no podían exceder el texto legal y permitir que se validaran requisitos que, en los términos de ley, resultan insubsanables, como la capacidad para presentar oferta.**

En tal secuencia, el rechazo de la oferta presentada por el CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE en primera ronda, en el marco de la Licitación Pública TMSA 004 de 2009, adelantado por la empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO con el objeto de SELECCIONAR LAS PROPUESTAS MAS FAVORABLES PARA LA ADJUDICACIÓN DE TRECE (13) CONTRATOS DE CONCESION, CUYO OBJETO SERA LA EXPLOTACION PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP: 1) USAQUEN, 2) ENGATIVA, 3) FONTIBON, 4) SAN CRISTOBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLIVAR Y 13) USME, **inhabilitaba al oferente para participar en la segunda ronda de del proceso licitatorio, por tratarse de un rechazo por falta de capacidad, asunto no subsanable conforme a lo establecido en el Decreto 2474 de 2008.**

**4.1.5.2. La segunda ronda de adjudicación de la Licitación Pública TMSA 004 de 2009, para la EXPLOTACION PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP, zona 11) PERDOMO, no constituía un retroceso en el proceso de adjudicación, sino que fue concebida como parte de un único proceso en el cual la habilitación por cumplimiento de los requisitos técnicos, jurídicos y financieros se hacía de conformidad con el cronograma de la licitación a todas las propuestas y proponentes presentados en un único momento, el previsto para ello en el pliego de condiciones.**

Tal como se desprende del texto del pliego de condiciones, el procedimiento para la determinación del orden de elegibilidad, se fijó así: i) verificación, calificación y

ponderación de los factores y criterios técnicos de escogencia distintos a la Propuesta Económica, ii) Publicación del informe de evaluación y iii) apertura de sobre económico.

Respecto del procedimiento de la apertura de sobres se previeron tres rondas, a saber, en la primera ronda, si la propuesta cumplía con todos los requisitos exigidos, sería adjudicado el contrato, en caso de que surtido el trámite de primera ronda quedaran zonas sin adjudicar, se daría trámite a una segunda ronda, en la que se **suspendería el proceso de adjudicación durante un mes en el cual los proponentes deberían ajustar su propuesta en el sentido de cumplir con todos los requisitos habilitantes, garantizando la inclusión de los propietarios participantes en su oferta inicial, manteniendo los valores establecidos en la oferta para la renta fija mensual y para el valor de los vehículos y completándola –en caso de ser necesario- para la tipología vehicular requerida para cada zona.** Igualmente deberán formular una nueva propuesta económica para la zona sin adjudicar a la cual apliquen. Así mismo, si finalizado el anterior procedimiento existieren zonas sin adjudicar, se repetiría el procedimiento indicado en la segunda ronda, procediendo así a una tercera ronda. Si finalizada esta tercera ronda existen zonas sin oferta elegible se declararán desiertas.

Aunado, en Adendas 16 y 17, se modificó el cronograma de la licitación y señaló “la entrega de la propuesta sellada ajustada, identificando la zona de Perdomo”, sin que se desprenda del mismo la interpretación de efectuar nuevamente todo el proceso de adjudicación.

De una recta interpretación del texto del pliego y de los testimonios rendidos, se tiene que el tiempo que un mes de suspensión de la audiencia de adjudicación, concedida a los proponentes tenía como finalidad, ajustar su propuesta en los aspectos técnicos y económicos para participar en la adjudicación de la zona no adjudicada en primera ronda, para el caso concreto en la zona Perdomo, pero bajo el entendido que se trataba de un único proceso licitatorio, por lo que no se refuerza la tesis de inexistencia de nulidad contra el acto de adjudicación, por cuanto, en la segunda ronda, no puede ser interpretada como una oportunidad para subsanar el requisito habilitante de la capacidad jurídica, pues se reitera, aquel no es un asunto subsanable.

En tal secuencia, advertido que el CONSORCIO ASOCIADO BAJO LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA GRUPO EMPRESARIAL ALIANZA DE OCCIDENTE, no

cumplió con el requisito habilitante de capacidad jurídica en la primera etapa, su propuesta debía ser rechazada en segunda ronda, como en efecto lo contempla la Resolución No 028 del 4 de febrero de 2011, por la cual se adjudica zona Perdomo dentro de la licitación pública TMSA LP-004 de 2009, encontrándose no probada la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación demandado y en tal secuencia se denegara su pretensión.

**4.1.5.3. No se probaron los supuestos facticos ni jurídicos invocados en fundamento de la pretensión de nulidad absoluta del contrato No 013 de 2010, suscrito el 18 de febrero del 2011, entre TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS.**

**4.1.5.3.1. No se avizora incumplimiento en el pliego de condiciones, ni se encuentra probado que la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., -EGOBUS SAS-, no haya participado en la primera ronda de la licitación pública TMSA LP-004 de 2009**

Dentro del material probatorio se encuentra acreditado que EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., -EGOBUS SAS-, cumplió con los requisitos habilitantes de la primera ronda, y para participar en la adjudicación en segunda ronda de la zona Perdomo, ajustó dentro del término establecido su propuesta. Aunado, se advierte en informe final de evaluación en primera y segunda ronda que los estados financieros básicos presentados por la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., se ajustaron a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones.

En efecto, si bien en primera ronda, se presentó la propuesta bajo la figura de PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EGOBUS S.A.S., lo cierto es que al resultar habilitada en primera ronda, por cumplir entre otros con el requisito de capacidad jurídica, la presentación en segunda ronda como una sociedad constituida bajo el nombre de EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., no lo inhabilitaba para presentar propuesta en segunda ronda.

Tal como se advirtió en respuesta del comité evaluador, para la presentación de la propuesta para la segunda ronda el proponente, en cumplimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones, ya debía haberse constituido como sociedad, de no hacerlo hubiera incurrido en un incumplimiento de su propuesta. En esta secuencia, que en primera ronda se presentara la proponente bajo la figura de PROMESA DE

SOCIEDAD FUTURA EGOBUS S.A.S., y al resultar habilitada se formalizara la constitución de la sociedad bajo el nombre de EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., no significa que se tratara de una sociedad diferente a la que se presento en primera y segunda ronda, sino que simplemente se formalizó la constitución de la sociedad.

**4.1.5.3.2. No se encuentra probado que la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S., -EGOBUS SAS-, incumpliera con los requisitos de capacidad financiera fijados en el Pliego de Condiciones.**

Tal como se desprende del pliego de condiciones, las sumas fijadas para el patrimonio y capital de trabajo debían ser determinadas de acuerdo con el aporte de cada uno de los integrantes del proponente individualmente considerado. Aunado se advierte que el capital de suscripción de una sociedad y su patrimonio constituyen dos presupuestos diferentes, el patrimonio esta reflejado en el capital social aportado, que no refleja el patrimonio de la compañía. Para el caso concreto, \$20.000.000 fue el capital autorizado, suscrito y pagado y de la sociedad de manera inicial, el cual se encuentra en los documentos contables presentados.

Tal como se advierte en de la evaluación del comité financiero, de la propuesta presentada por EGOBUS SAS y de los testimonios rendidos dentro del plenario, el patrimonio mínimo para la zona Perdomo era de \$20.183.000.000, el patrimonio aportado por EGOBUS SAS, fue de \$30.404.286.287, lo que significa que la oferente contrario a lo señalado por la activa, si cumplió con el requisito financiero exigido en el pliego de condiciones.

**4.1.5.3.3. El del acto de adjudicación se notificó a quien fungía como Representante Legal de la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES S.A.S.- EGOBUS SAS,** tal como se desprende de los certificados de existencia y representación legal, pues visible a folio 6 del expediente, se encuentra el certificado de existencia y Representación Legal de Egobus, del cual se advierte que la sociedad CORREVIAL S.A.S ejercerá su representación Legal. Seguidamente se tiene del certificado de existencia y representación legal de CORREVIAL S.A.S., que fue asignado para ejercer la representación legal de esta sociedad, al señor OSCAR SUAREZ ORTIZ, es decir, la misma persona que fuera notificada del acto de adjudicación de la licitación pública TMSA LP-004 de 2009, zona 11) Perdomo.

En conclusión, se denegaran las pretensiones de la demanda, por no encontrarse probados los cargos formulados contra el acto administrativo de adjudicación Resolución 028 de fecha 04 de febrero de 2011, emanada de EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A, ni del contrato No 013 de 2010, suscrito el 18 de febrero del 2011, entre TRANSMILENIO y la EMPRESA GESTORA OPERADORA DE BUSES SAS.

**4.1.6.- Sin condena en costas, por no avizorarse temeridad de la activa vencida.**

Conjugado que es requisito normativo para la condena en costas, conforme dispone el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, la temeridad del extremo procesal al que se impone la condena en costas.

**En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de caducidad, inepta demanda, y falta de legitimación en la causa por pasiva,** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

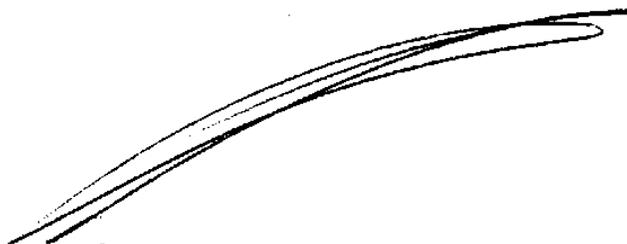
**SEGUNDO:** Negar las pretensiones de la demanda.

**TERCERO: Sin condena en costas** conforme decantó en el anterior considerando.

**CUARTO:** Ejecutoriada **liquidense** por Secretaría los gastos de proceso, y **devuélvase** los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.

**QUINTO:** Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Subsección **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias del caso.

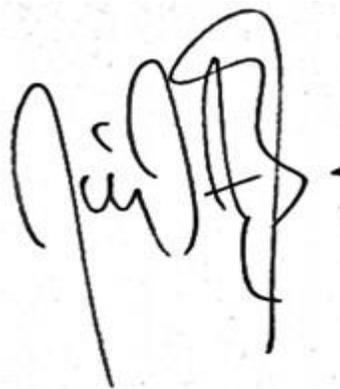
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado

Ly