



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación:	08001231000 200100368 01
Expediente:	37473
Actor:	BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO Y OTROS¹
Demandado:	EMPRESA DE LOTERIAS Y APUESTAS PERMANENTES DEL ATLANTICO - LOTANCO
Referencia:	ACCIÓN CONTRACTUAL

En cumplimiento de lo dispuesto por la Sección Quinta de esta Corporación, que en fallo de tutela proferido el 14 de diciembre de 2017 concedió el amparo de “*los derechos fundamentales alegados*” por los señores Blanca Nubia Ochoa Molano y Marco Tulio Porras Jaramillo, este último actuando en calidad de representante legal de la sociedad Inversiones Porzul Ltda, miembros de la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, procede la Subsección a proferir sentencia de reemplazo, dado que dejó sin valor ni efectos jurídicos la sentencia del 22 de febrero de 2017 de esta Subsección dentro del proceso de la referencia y ordenó que se dictara una nueva decisión en la cual se tengan en cuenta las consideraciones expuestas por el juez constitucional².

¹ La parte demandante se denomina Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia, fue constituida para participar en la Licitación Pública No. 001/00 de la Empresas de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – Lotanco e integrada por **Blanca Nubia Ochoa Molano** y las sociedades Le Apuesto S.A. e Inversiones Porzul Ltda.

² Consideraciones relacionadas con la forma de contabilizar el término de caducidad de las acciones contencioso administrativas cuando coincide con los periodos de vacancia judicial: Los

En acatamiento de lo ordenado en sede de acción de tutela, resuelve la Sala, nuevamente, los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Atlántico el 1 de abril de 2009, mediante la cual se dispuso (f. 408 a 433, c. ppl.):

1º.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 498 del 29 de noviembre del 2000, expedida por el Gerente de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, y del contrato de concesión No. A.P. 015 del 1º de diciembre del 2000, celebrado entre LOTANCO y la Unión Temporal 'Empresarios del Caribe'.

2º.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico –LOTANCO– adjudicó en forma ilegal la licitación pública 01 de 2000, cuyo objeto fue la concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes en el departamento del Atlántico y el distrito de Barranquilla, a la unión temporal

miembros de la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia, el 4 de mayo de 2018 presentaron demanda de tutela, con el fin de obtener la protección de los derechos constitucionales al debido proceso, de defensa, de acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la “realización del principio de justicia material”. La anterior solicitud fue presentada en razón a que en la sentencia se incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del artículo 87 del C.C.A., dado que se contabilizó erróneamente el término de caducidad que allí se consagra para el ejercicio de la acción contra actos precontractuales, dado que el juzgador no suspendió el término de caducidad durante la vacancia judicial, esto es, del 20 de diciembre de 2000 al 10 de enero de 2001, lo anterior para concluir que al haber presentado la demanda el 19 de enero de 2001, se hizo dentro del término de los 30 días siguientes a la notificación, publicación o comunicación del acto de adjudicación. La petición fue resuelta en forma afirmativa, dado que el término concedido por el artículo 87 del C.C.A. para interponer la demanda contra un acto previo a la firma del contrato, fue otorgado en días y en esa medida, el análisis respecto del ejercicio oportuno de la acción, debía descontar aquellos días no hábiles y al no haberlo hecho, se contabilizó en forma errónea la caducidad respecto de la demanda presentada por los tutelantes. El juez de tutela estimó que, toda vez que la demanda fue interpuesta dentro de los 30 días siguientes a la fecha de conocimiento, publicación o notificación del acto de adjudicación, los tutelantes tenían derecho a reclamar judicialmente el resarcimiento de los perjuicios que se derivaron del acto declarado nulo. Por lo expuesto, se ordenó contabilizar en forma correcta el término de caducidad, descontando los días de vacancia judicial, así como establecer la procedencia de las pretensiones de restablecimiento del derecho que fueron negadas bajo el entendido de que la demanda había sido presentada después de los 30 días de notificación, publicación o comunicación del acto de adjudicación.

Empresarios del Caribe, que no cumplía con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones para participar en el procedimiento de selección. No obstante, la demandante, unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, conformada por la señora Blanca Nubia Ochoa Molano y las sociedades Le Apuesto S.A. e Inversiones Porzul Ltda., no acreditó su derecho a ser favorecida con la adjudicación del contrato.

A N T E C E D E N T E S

La demanda.

El 19 de enero de 2001, en ejercicio de la acción de controversias contractuales³ y a través de apoderado debidamente constituido, la señora Blanca Nubia Ochoa Molano y las sociedades Le Apuesto S.A. e Inversiones Porzul Ltda., integrantes de la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia, presentaron oportunamente demanda en contra de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico –LOTANCO- y la Unión Temporal Empresarios del Caribe, en la cual solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

A. PRIMERA PETICION:

Que en los términos de la parte final del inciso segundo del artículo 87 del C.C.A. modificado por la Ley 446/98 art. 32, se declare la nulidad de la Resolución 498 del 29 de noviembre de 2000, 'POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL CONTRATO DE CONCESION DE LAS APUESTAS PERMANENTES', expedida por el señor Gerente de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico.

B. SEGUNDA PETICION:

³ La demanda fue presentada el 19 de enero de 2001 en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; mediante escrito del 28 de agosto de 2002, fue corregida y adicionada y en esa oportunidad se aclaró que la acción ejercida era la contractual (f. 119 a 162, c. 1 y f. 4 a 58, c. 11).

Que declarada la nulidad de la Resolución 498 del 29 de noviembre de 2000, se decrete la Nulidad Absoluta del Contrato al que la indicada Resolución dio origen, por estar dicho contrato basado en un acto ilegal violatorio de expresas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de la licitación. Es decir, se decrete la nulidad absoluta del contrato de concesión A.P. 015, celebrado entre la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes de Atlántico 'LOTANCO' y la Unión Temporal 'Empresarios del Caribe', con una duración de tres (3) años contados a partir del 1º de diciembre de 2000.

C. TERCERA PETICION:

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, se condene a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico 'LOTANCO' a pagar a mis mandantes en este proceso, la suma de veintiséis mil doscientos millones de pesos m/l (\$26.200.000.000), o en su defecto la suma que se demuestre en el proceso como resarcimiento de los perjuicios al no adjudicárseles en la licitación que nos ocupa el contrato de concesión correspondiente, que como se demostrará debieron ser los únicos, legítimos y verdaderos favorecidos en la licitación. Perjuicio estimado por los ingresos mínimos que debían obtener los actores de haber sido favorecidos con la licitación y haberse ejecutado el contrato en la forma y fines previstos por la entidad concedente, y que dejaron de percibir por una falla en el servicio que los privó injusta, arbitraria e ilegalmente de la adjudicación del contrato, en virtud del abuso y desviación de poder de los funcionarios públicos que tuvieron a su cargo la licitación.

D. CUARTA PETICION:

Las sumas a las que se condene a pagar a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico 'LOTANCO' como parte del restablecimiento de los derechos a los actores por los perjuicios que les fueron ocasionados, deberán ser indexadas de conformidad con el incremento del índice de precios al consumidor desde la fecha de la demanda, hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga, ordenándose además el pago de los intereses moratorios que se causen después de vencido el término que se estipule para el cumplimiento de la sentencia y hasta que se haga real y efectivo el pago total correspondiente.

E. QUINTA PETICION:

Hágase por parte del Tribunal el pronunciamiento sobre la responsabilidad conexa que corresponda a los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso licitatorio, en la evaluación de las propuestas, en su adjudicación y asesoramiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 del Código Contencioso Administrativo, 50 y s.s. de la Ley 80 de 1993 y 6 de la Constitución Nacional y/o demás normas que le sean aplicables.

F. SEXTA PETICIÓN:

Ordéñese a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico "LOTANCO", dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso en el término de treinta (30) días, dictando los actos correspondientes que adopten las medidas necesarias para su cumplimiento, especialmente la de apropiar las reservas presupuestales que garanticen el pago de los perjuicios (...).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora relató los que la Sala se permite resumir a continuación:

1. El 12 de octubre de 2000 la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO - abrió la licitación pública No. 001, con el fin de otorgar la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes a particulares en el departamento del Atlántico y el distrito de Barranquilla.
2. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 24 numeral 5 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, la entidad demandada elaboró los pliegos de condiciones, los cuales en el transcurso del proceso licitatorio fueron modificados sustancialmente en lo concerniente a los criterios o factores de evaluación y los correspondientes porcentajes de calificación, mediante adendas números 1 del 8 de noviembre y 2 del 9 de noviembre de 2000.
3. Explicó la demandante que en el pliego de condiciones se estableció la posibilidad de presentar propuestas por parte de consorcios y/o uniones temporales, pero aclarando que cada uno de los miembros de estas asociaciones, debía cumplir con los requisitos legales y presentar los documentos requeridos en el pliego, como si fueran a participar en forma independiente. Y que en la licitación se agotarían 2 etapas: i) una clasificatoria, en la que se evaluaría el cumplimiento de los requisitos para participar, consistentes en las exigencias jurídicas, técnico administrativas y financieras mínimas exigidas en el pliego y ii) una segunda etapa de calificación, en la que se aplicarían a las ofertas no rechazadas, los factores y puntajes de selección y se relacionaría en orden descendente las propuestas calificadas, siempre y cuando la cuantía de las mismas fuera igual o mayor a la prevista como mínima en el pliego de condiciones.
4. Así mismo, observó que según el pliego de condiciones, una vez presentados los documentos exigidos, no podrían ser adicionados, modificados

ni reemplazados, ni siquiera en la etapa de las observaciones al informe de evaluación de las propuestas; que los requisitos jurídicos eran los exigidos por la ley y su incumplimiento, al lado del incumplimiento de la oferta mínima, descalificaba a los proponentes y generaba el rechazo de la oferta sin necesidad de evaluar los demás criterios.

5. A continuación analizó cada uno de los requisitos generales y particulares exigidos en el pliego de condiciones a los oferentes así como los factores de calificación, manifestando que sin que la unión temporal Empresarios del Caribe hubiera llenado todos los requisitos de ley y del pliego de condiciones y teniendo graves impedimentos algunos de sus miembros, las comisiones evaluadoras de las propuestas hicieron caso omiso de esas situaciones y de manera arbitraria e ilegal la declararon hábil para participar en la licitación y la calificaron. Y a pesar de las múltiples observaciones y objeciones que la demandante hizo a la evaluación realizada, el gerente de la entidad profirió la Resolución 498 del 29 de noviembre de 2000, por medio de la cual le adjudicó la licitación a la referida unión temporal.

6. Según los antecedentes de lo ocurrido en el proceso licitatorio, la demandada no escogió la propuesta y el contratista más favorable, la adjudicación no se ajustó a los imperativos de imparcialidad, objetividad y transparencia contenidos en la Ley 80 de 1993, sino que, por el contrario, “*fue una licitación arbitraria, con innegables visos de haber sido arreglada y amañada a favor del licitante favorecido*”, pues los “*criterios de adjudicación y ponderación de la calificación fueron modificados en favor de uno de los licitantes y en detrimento de los intereses del otro licitante, a escasas horas del cierre de la licitación*”.

Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que se vulneró el artículo 70 de la Ley 617 de 2000, los artículos 7 (parágrafo 1º del numeral 2º), 8, 24, 25 (numeral 3º), 26, 29 y 44 de la Ley 80 de 1993, los artículos 4, 13 y 29 de la Constitución Política, los numerales 8.4.3., 8.4.4., 8.1.6., 8.1.7., 8.1.9.⁴, los numerales 2, 8.4.3., 4, 9, el inciso 4º del numeral 17, el inciso 3 del numeral 19, el numeral 20.1 literales a y b, los numerales 8, 8.1.3., 8.1.4., 8.1.5, 8.1.8., 8.2.4., 8.2.6., 8.3.1., 8.4.1., 8.4.2., 8.4.3., los puntos 20 y 21⁵ y el ordinal I “Evaluación Jurídica” del pliego de condiciones y sus adendas y los artículos 832, 836, 837, 838 y 340 del Código de Comercio.

Como concepto de la violación, la parte actora señaló varios motivos de inconformidad con el proceso licitatorio, la evaluación y calificación de las ofertas y el acto de adjudicación:

1. Que los demandantes fueron deliberadamente colocados en imposibilidad absoluta de acceder al contrato de concesión, por la existencia de condiciones y requisitos discriminatorios impuestos desde el principio en el pliego de condiciones y que impedían el acceso a otros empresarios. Señaló la demandante que existe una infracción directa de las normas citadas, por cuanto el gobernador del Atlántico “convino un arreglo” con un grupo de cinco concesionarios que conformaron una unión temporal que denominaron “Empresarios del Caribe”, para lo cual ordenó elaborar una licitación en cuyo pliego de condiciones se incluyeran condiciones y requisitos que sólo el grupo con el que había negociado pudiera cumplir⁶, dejando a los demás

⁴ Según el texto de la demanda, los tres últimos modificados por la adenda No. 1.

⁵ Este último, según el texto de la demanda, modificado por la adenda No. 1

⁶ Como i) acreditar el cumplimiento de contratos de concesión del juego de apuestas permanentes cuyas cuantías sumadas en los últimos 3 años fueran iguales o superiores a \$5.000'000.000 –aunque se podían sumar los contratos celebrados por los miembros de los consorcios o uniones temporales-, ii) tener un patrimonio igual o superior a \$ 1.500'000.000 –se podían sumar los de cada miembro del consorcio o unión temporal- y iii) constituir agencias o puntos de venta en la totalidad de los municipios del departamento del Atlántico y en el distrito de Barranquilla.

empresarios locales y foráneos en imposibilidad de licitar, a pesar de lo cual la ahora demandante también presentó propuesta⁷.

2. La empresa demandada aprovechó las modificaciones que introdujo al pliego inicial de condiciones para acomodar los puntajes de los *Items* que sabía, favorecían ampliamente al adjudicatario⁸.
3. La errónea calificación otorgada a la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia en el ítem financiero, pues a su juicio se utilizó una fórmula equivocada para calcular los índices y utilizando datos de 1998 y 1999, cuando ha debido tener en cuenta sólo los de este último año, pues de haberse efectuado correctamente la evaluación de este factor, la unión temporal demandante habría obtenido un mayor puntaje de 30.220, contra los 23.666 que se le otorgaron.
4. Otro motivo de inconformidad lo hizo consistir en que el adjudicatario no allegó importantes y obligatorios requisitos exigidos por la ley y el pliego de condiciones, falencia que los convertía en licitantes inhábiles y por esa sola razón, se debió adjudicar la licitación a la unión temporal Empresarios Unidos

⁷ Adujo que varios requisitos que la unión temporal Empresarios del Caribe no cumplía y sobre los cuales hizo observaciones al pliego de condiciones, fueron modificados para permitirle hacerlo: Se cambió la obligación de acreditar el cumplimiento de contratos de concesión de apuestas permanentes en los últimos 3 años por la prueba de su suscripción; rebajó el monto de la garantía de cumplimiento y la de pago de premios y prestaciones sociales y se suprimió la de responsabilidad civil extracontractual y 12 horas antes del cierre de la licitación, restableció esta última y suprimió la garantía de pago de premios; en la adenda n.^o 2, se los exoneró de presentar con la documentación la certificación de paz y salvo de la DIAN.

⁸ En la adenda n.^o 1, se suprimieron los 5 puntos que se le otorgaban, dentro de los factores de calificación, a la evaluación jurídica, es decir, al cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley y el pliego y se le sumaron al factor de la evaluación técnica en el rango de la infraestructura de más de 201 agencias o establecimientos de comercio, que antes tenía un puntaje máximo de 15 y quedó con 20, frente a 5 que le corresponderían a la demandante, pues era públicamente conocida, inclusive por la entidad, la infraestructura de establecimientos de comercio con que contaba cada licitante y con ello se favorecía abiertamente a Empresarios del Caribe;

de Colombia. Así, expuso que en la propuesta de la unión temporal Empresarios del Caribe:

4.1. Una persona natural, la señora Enilce López Romero, que actuó supuestamente por medio de un representante, no allegó el poder que lo acreditaba como tal ni al momento de la constitución de la unión temporal ni como requisito general y particular para actuar a nombre de la persona natural, requisito sin el cual no podía considerarse la propuesta, pues al momento de su aceptación y calificación no existía constancia por escrito de su voluntad de querer comprometerse y responder por la propuesta y el contrato que resultare de la licitación; la falta de ese poder, impedía la participación de la señora López como integrante de la unión temporal Empresarios del Caribe y ello era motivo suficiente para declarar inhábil a esta última, sin perjuicio de que al no tener en cuenta la participación de ese miembro, tampoco reunirían los demás requisitos exigidos para participar en la licitación, pues de esa persona natural dependía llenar los requisitos en cuanto a experiencia, patrimonio y valor mínimo exigido para la explotación de juegos de apuestas permanentes. Adujo la demandante que no se probó la existencia del contrato de preposición alegado por la entidad demandada como justificación para tener en cuenta la participación de la señora Enilce López, supuestamente representada por el señor Jorge Chaljub, en la unión temporal Empresarios del Caribe. Y que de existir, no hizo parte de la propuesta y se habría aportado extemporáneamente, con posterioridad a la calificación de las propuestas, por lo que no podría tenerse en cuenta.

4.2. La sociedad Malihu Ltda., que hace parte de la unión temporal Empresarios del Caribe, no se encontraba facultada para integrar dicha unión temporal, pues en el acta de junta directiva 006 del 13 de octubre de 2000, se autorizó a la sociedad para conformar una unión temporal sólo con las

personas naturales y jurídicas que se mencionaron en dicha acta⁹ y con la totalidad de ellas, no con una o varias o con otras diferentes. Y la unión temporal Empresarios del Caribe sólo contempla dos de tales personas: Enilce López y Apuestas Olímpico S.A., mientras que las otras no hacen parte de las que autorizó la junta directiva, por lo que el representante legal se extralimitó en el poder y la facultad otorgados y por lo tanto no compromete a la sociedad Malihu Ltda. En consecuencia, tampoco es válida su participación en la unión temporal Empresarios del Caribe, lo que invalida igualmente la propuesta licitatoria de esta última, por lo que debió ser declarada inhábil por la entidad demandada.

4.3. La Sociedad el Olimpo S.A., igualmente integrante del consorcio adjudicatario, presentó la autorización otorgada por la Asamblea General de la sociedad anónima en copia simple. Como no se expresó en la misma que era copia fiel tomada del libro de actas, las firmas de quienes actuaron como presidente y secretario debían estar autenticadas ante notario. Además, el representante legal de dicha sociedad tenía limitación para contratar por valor superior a 100 salarios mínimos legales mensuales y en el acta no se levantó expresamente esta limitación.

4.4. Adicionalmente, adujo que la unión temporal Empresarios del Caribe no fue constituida como tal sino que simplemente se hizo un compromiso o promesa para conformar la unión temporal y que, por lo tanto, el gerente convencional nombrado carecía de legitimidad para actuar válidamente en nombre y representación de una unión temporal inexistente.

4.5. También consideró una irregularidad que hacía inhábil la propuesta de la unión temporal Empresarios del Caribe, la inexistencia de los paz y salvos de la DIAN, manifestando que fue ilegal la supresión de la presentación del paz y

⁹ Dice que en el acta se mencionaron expresamente: Enilce López Romero, Apuestas Olímpico S.A., Silvia Vergara Jassir, Apuestas Car-Gar Ltda., Libarsol S. en C., Jesús

salvo de la DIAN, pues el requisito –exigido por el art. 70 de la Ley 617 de 2000- que había sido exigido al inicio del proceso licitatorio, fue modificado mediante adenda en la que se exigía estar al día con las obligaciones tributarias al momento de contratar y no para el momento de participar en la licitación. Y resulta que ya adjudicado el contrato, se constató que dos de los tres integrantes de la referida unión temporal, tenían a esa fecha deudas pendientes con la DIAN.

4.6. Advirtió que el señor Hugo Manuel Ríbero Pérez, socio principal de inversiones Malihu, sociedad integrante de la unión temporal Empresarios del Caribe, se encontraba incurso en causal de inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico LOTANCO, por ser socio de Acerta Ltda., sociedad que había sido demandada por dicha entidad, por incumplimiento de un contrato de concesión de apuestas permanentes. Y que en la misma situación se encontraban – aseguró- el señor Nelson de Jesús Betancur Sánchez, socio directo de Acerta Ltda. y socio principal de la sociedad El Olímpico S.A. y el señor Rafael Andraus Burgos, que era el representante legal de la sociedad ejecutada judicialmente cuando ésta empezó a incumplir el contrato.

4.7. Agregó que una de las exigencias del pliego de condiciones –numeral 8.3.1- era la acreditación de la inscripción vigente en el registro mercantil de las personas naturales, requisito que no fue cumplido por la señora Enilce López Romero, integrante de la unión temporal adjudicataria –Empresarios del Caribe-, pues el respectivo certificado fue presentado a la licitación sin renovar la matrícula, es decir que no acreditó su condición de comerciante activa exigida en el pliego.

4.8. En relación con la información contable presentada, advirtió que en los balances de cada uno de los integrantes, las firmas de los contadores no se

encontraban autenticadas y sin ese reconocimiento no tenían valor probatorio alguno, pues no hay certeza de que fue realmente el contador el que los expidió y que fueron firmados por él y que contrario a lo concluido por la entidad demandada, este, como los demás requisitos legales o licitatorios que se echan en falta, no pueden ser suplidos por la figura de la buena fe que se debe presumir de la actuación de los proponentes.

4.9. Advirtió incumplimientos adicionales, en otros requisitos y documentos que debían integrar la propuesta hecha por el adjudicatario -Empresarios del Caribe-, como i) la exigencia de presentar dos referencias bancarias, que dos de los integrantes de la unión temporal incumplieron, pues la sociedad Malihu presentó dos referencias del mismo banco y el señor Fabián Renato Pardo presentó sólo una, pues la otra correspondía a una persona distinta; ii) en la propuesta original de la unión temporal Empresarios del Caribe, se presentaron fotocopias sin autenticar, correspondientes a las tarjetas profesionales de los contadores públicos y uno de los certificados de la Junta General de Contadores; iii) se aportaron certificaciones sobre experiencia y el valor del contrato expedidas por LOTANCO, referidas a personas distintas a algunos de los integrantes de la unión temporal, pero como si fueran de éstos; iv) el objeto de la licitación era la explotación del juego de apuestas permanentes en el distrito de Barranquilla y el departamento del Atlántico, y en la propuesta de la unión temporal Empresarios del Caribe sólo se ofertó para el departamento del Atlántico, incumplimientos todos éstos que impedían considerar la propuesta de dicha unión temporal, que debió considerarse un licitante inhábil y hacían imposible la adjudicación a su favor.

5. La demandante consideró que la actuación ilegal de la entidad demandada, al declarar hábil una propuesta que presentaba los defectos que se dejaron descritos, obedeció a la intención de favorecer indebidamente a la unión temporal Empresarios del Caribe y constituía una conducta delictual consistente en falsedad ideológica en documento público.

6. En consecuencia, resulta procedente la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación de la licitación demandado, así como la nulidad absoluta del contrato de concesión celebrado entre la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico y la unión temporal Empresarios del Caribe. Y por haber sido la única propuesta hábil la presentada por la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, es evidente que la suya fue la oferta más favorable y que al ser privada ilegal e injustamente de la adjudicación del contrato, se le produjeron los perjuicios económicos cuya indemnización reclama (f. 119 a 162, c. 1).

El trámite de la primera instancia.

La demanda fue admitida por auto del 12 de septiembre de 2001, notificada al Ministerio Público el 17 de enero de 2002 y a la empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico –LOTANCO-, el 21 de febrero de 2002 (f. 164 a 166, 166 vto. y 168, c. 1).

Mediante providencia del 1 de abril de 2003 el *a quo* admitió la corrección y adición de la demanda, providencia que fue notificada mediante edicto emplazatorio a los integrantes de la unión temporal Empresarios del Caribe; transcurrido el término legal sin que se hicieran presentes para la notificación, se les nombró curador *ad litem* para que los representara, curador que tomó posesión el 7 de mayo de 2007 (fl. 205, 206, 246 a 248, 255, 256 y 259, c. 1).

La contestación de la demanda.

- La empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico –LOTANCO-, aceptó algunos hechos de la demanda como ciertos y negó otros, se opuso a las pretensiones y solicitó que se condene a la parte demandante a pagar las costas del proceso, por cuanto consideró que el acto de adjudicación

demandado es legal y ajustado a derecho. En relación con las inconformidades planteadas en la demanda con esta decisión, sostuvo que (f. 174 a 183, c. 1):

- 1) La afirmación de que con la modificación de los pliegos de condiciones se trató de favorecer a la sociedad adjudicataria, es una conjetura carente de soporte probatorio y que dicha modificación se llevó a cabo con fundamento en la facultad que la ley otorga a la administración para elaborar y también para corregir, modificar o adicionar los pliegos de condiciones, con el fin de obtener buenos ofrecimientos, asegurar una selección objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación.
- 2) En el pliego de condiciones, no se incluyeron reglas de imposible cumplimiento y hubo propuestas que lograron acreditar tales exigencias.
- 3) En la resolución de adjudicación n.º 498, se estudiaron las objeciones de la demandante al análisis financiero de su propuesta y se reiteró el puntaje que le fuera otorgado, por considerar que era correcto.
- 4) En la resolución de adjudicación, así mismo, se dio respuesta a todas las objeciones formuladas por el demandante a la evaluación de las ofertas, constatando que i) el señor Chaljub estaba habilitado mediante contrato de preposición para comprometer a la señora Enilse López Romero; ii) que las exigencias de autenticaciones, documentos originales, reconocimientos de firma, etc., no son razones suficientes para declarar inhábil una propuesta; iii) que la asamblea general de accionistas de Apuestas Permanentes El Olímpico S.A., otorgó facultades amplias al gerente y representante legal para representar a la empresa en la licitación 001/00; iv) que la ley permite a los licitantes presentar promesas de conformación de cualquier forma asociativa y en todo caso, la unión temporal Empresarios del Caribe se constituyó legalmente para presentar su propuesta; v) que el artículo 70 de la Ley 617 de 2000 sólo exige el paz y salvo de la DIAN para efectos de la celebración del

contrato, pero no para participar en una licitación pública; vi) que no se configuró ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad respecto de las personas cuestionadas por el demandante; vii) que la garantía de seriedad de la oferta presentada por la UT Empresarios del Caribe, era formal y sustancialmente válida y suficiente en duración y valor asegurado; viii) que la señora Enilse López Romero sí era una comerciante matriculada en el registro mercantil y por ello se consideró apta para la comparación, la propuesta de la que ella hacía parte, que el certificado de experiencia que allegó, caía bajo la presunción de autenticidad prevista por el art. 252 del C.P.C. y que LOTANCO constató información de este proponente teniendo en cuenta la documentación que reposaba en sus archivos, como lo dispone el inciso 2º del art. 10 del C.C.A y el art. 13 del Decreto 2150 de 1995; y finalmente, ix) que la entidad, en el acto de adjudicación, dejó en claro que “*examinó hasta la saciedad las objeciones formuladas por el demandante respecto de los nexos entre las personas naturales y las jurídicas involucradas en la UT Empresarios del Caribe, que tenían las suficientes referencias bancarias exigidas por el pliego, contaban con las autorizaciones suficientes de los órganos de dirección de las sociedades y que no había obscuridad en la propuesta objetada en cuanto al ámbito o cobertura geográfica de la misma, para en fin, rechazar por infundadas todas esas objeciones formuladas*”.

- La unión temporal **Empresarios del Caribe**, sólo se ocupó de manifestar que se atenía a lo que se probara en el proceso (f. 260 y 261, c. 1).

Mediante providencia del 25 de octubre de 2007 se abrió el proceso a pruebas, luego con auto del 30 de enero de 2009 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

Las partes presentaron sendos escritos de conclusión en los que ratificaron lo manifestado en la demanda y su contestación (f. 370 a 399, c. 1).

El Ministerio Público solicitó negar las pretensiones de la demanda, al considerar que en el plenario no se probó ninguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 84 del C.C.A., ni los demandantes probaron que la propuesta por ellos presentada fuera la mejor (f. 400 a 406, c. 1).

La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia proferida el 1º de abril de 2009, resolvió declarar la nulidad de la Resolución 498 de 29 de noviembre del 2000, así como del contrato n.º AP 015 de 1º de diciembre de 2000 y denegó las demás pretensiones de la demanda. Como sustento de su decisión el *a quo* expuso, en suma, los razonamientos que la Sala se permite resumir de la manera que sigue (f. 1 a 26, c. ppl.):

En lo que se refiere a la imposibilidad absoluta en que la parte actora adujo que fue puesta la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia para acceder al contrato de concesión, en virtud de varias de las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones, el Tribunal se refirió a la naturaleza de este acto y a la facultad que tiene la administración de introducir modificaciones al mismo antes del cierre de la licitación, siempre que resulten razonadas y razonables, sean debidamente comunicadas a todos los participantes y no afecten el derecho de igualdad; que consta en el plenario que en el curso de la licitación pública n.º 01/2000, adelantada por LOTANCO, se llevó a cabo la audiencia de aclaración del pliego de condiciones de que trata el artículo 30.4 de la Ley 80, a solicitud de la unión temporal Empresarios del Caribe y en el acta correspondiente, se dejó constancia de las observaciones que hicieron los interesados respecto de los ítems 8.1.7, 8.1.9, 8.1.11. y el punto 25 del pliego de condiciones, entre otros. Y que mediante la adenda n.º 1 del 8 de noviembre de 2000, la entidad pública demandada aclaró y modificó el pliego de condiciones solo en aquello que fue objeto de censura

durante la referida audiencia y, luego, con fundamento en el inciso final del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dio contestación a la solicitud de aclaración adicional que radicó el representante de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, mediante la Adenda n.º 2.

Todo lo anterior, para concluir que no encontraba que las modificaciones realizadas mediante las adendas antes enunciadas hubieran infringido el principio de igualdad, pues con la flexibilización de las reglas contenidas en los ítems 8.1.7 y 8.1.9 del pliego de condiciones, lo que se hizo fue brindar a la totalidad de los oferentes la oportunidad de satisfacer las exigencias relacionadas con la acreditación de la suscripción –no cumplimiento- de los contratos de concesión por cuantía de \$5.000.000.000, y con la posesión de un patrimonio igual o superior a \$ 15.000.000.000 –suprimiendo la exigencia de conservarlo hasta la terminación de la ejecución del contrato-, en pro de garantizar el principio de la libre concurrencia, sin que con ello se desmejorara el perfil de quien finalmente resultara favorecido con la concesión, lo que igualmente se podía predicar de la decisión de rebajar a un 10% la garantía de cumplimiento y de abolir el amparo de pago de premios.

Respecto de la prórroga del plazo de la licitación en dos ocasiones, explicó que la misma se ciñó a los requerimientos consignados en los numerales 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pues no se excedió el tope fijado por la ley y, además, se ejercitó esa potestad antes del cierre de la licitación. Agregó que la primera de las prórrogas se hizo en atención a la solicitud conjunta realizada por los propios oferentes.

En relación con el ataque al contenido de los numerales 8.1.7, 8.1.9 y 8.1.11 del pliego de condiciones, consideró que por ser un acto precontractual, la acción idónea para tal cuestionamiento sería la de simple nulidad, que se habría podido ejercitar dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación y no la contractual como la que se utilizó en el

presente asunto, por lo que consideró que no podía entrar a estudiar la validez de dichos apartes del pliego de condiciones. Y que las inconformidades planteadas por la parte actora contra estos numerales, no guardaban relación con la pretensión invocada como “*pérdida de la oportunidad para contratar*” sino con la privación del derecho a participar en la licitación, que no se dio en el presente caso, pues la UT Empresarios Unidos de Colombia pudo presentar su oferta y ésta no fue rechazada.

Sobre el detrimento del principio de igualdad, mediante la modificación de los puntajes en los *Items*, buscando el favorecimiento de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, advirtió el Tribunal que, aunque en un principio la administración había ponderado el factor evaluación jurídica en los pliegos de condiciones con un puntaje único de 5 puntos y que mediante la adenda n.º 1 sustrajo esa puntuación del ítem jurídico y se lo adicionó al factor técnico, no se vislumbraba ninguna clase de favorecimiento, pues dicho cambio se debió a las observaciones hechas por los interesados en la audiencia de aclaraciones.

Afirmó que el hecho de haber eliminado los 5 puntos del ítem jurídico no resultaba arbitrario, ni comportaba una desviación de poder, porque la mera satisfacción de los requisitos habilitantes para la celebración del contrato de concesión constituía un aspecto formal o adjetivo, no esencial para la comparación objetiva de las propuestas, que no permite medir sustancialmente el mérito de un ofrecimiento frente a las necesidades concretas de la administración, en contraposición con el rango “*mayor número de agencias*” perteneciente al factor técnico, que sí comporta un valor agregado al objeto del contrato de concesión de apuestas permanentes y, además, le permite a la administración tasar el mérito de la propuesta.

El *a quo* se abstuvo de estudiar la consideración de la parte actora sobre la exorbitancia del requisito consistente en la preexistencia de más de 100 establecimientos de comercio al momento de extender la oferta y la inequidad

de la puntuación fijada en el ítem técnico, porque estimó que en el fondo, lo que se cuestionaba era la validez de las exigencias previstas en el pliego de condiciones, para lo que habría sido procedente la acción de simple nulidad contra el acto precontractual y no la de controversias contractuales.

Añadió que aún si se abordara el estudio del cargo el mismo no prosperaría, pues “*(...) la decisión de la administración de establecer como tope mínimo 100 agencias y de asignarle 20 puntos al rango de más de 201 establecimientos, va de la mano con la naturaleza del objeto contractual, a saber, la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento del Atlántico y en el Distrito de Barranquilla. Y la voluntad de la administración de ponderar en esos términos un ítem que tenía repercusiones en la capacidad operativa del futuro contratista, no riñe con el principio de igualdad, y, per se, no podría mirarse como un hecho indicativo de desviación de poder*”.

Respecto al argumento de la demanda, según el cual la administración habría realizado indebidamente el análisis del factor financiero y que ello probaba la existencia de un abuso del poder discrecional, el Tribunal de primera instancia indicó que la administración determinó expresamente que se tendrían en cuenta la totalidad de los activos y pasivos para efectos de calcular los distintos componentes del ítem financiero (patrimonio y los índices de liquidez y endeudamiento), por lo que consideró que no se podían desechar los datos económicos correspondientes al año 1998 solicitados en el pliego y practicar la evaluación partiendo, únicamente, de las cifras correspondientes al año 1999, pues si se hubiera realizado de esa manera, se habrían apartado del pliego de condiciones.

Agregó que no era posible aplicar la opción prevista en el numeral 8.4.3. del pliego a los componentes del ítem financiero denominados índices de endeudamiento y liquidez, dado que en él no se contempló esa posibilidad.

Concluyó este punto, diciendo que la calificación del ítem financiero se obtuvo en cumplimiento a lo previsto en el pliego de condiciones.

En cuanto a que la propuesta presentada por Empresarios del Caribe no reunía los requisitos exigidos en el pliego, advirtió que la entidad pública no podía exonerar a la señora Enilse López de anexar a la respectiva oferta el poder o la autorización a quien la fuera a representar. Agregó que tampoco compartía la manifestación de la administración según la cual era suficiente con el contrato de preposición presentado, puesto que tal contrato no había sido inscrito en el registro mercantil, tal como lo dispone el artículo 1333 del Código de Comercio.

Adicionalmente, advirtió que la ausencia del documento contentivo del poder especial que habría facultado al señor Jorge Chaljub para actuar en nombre de la señora Enilse López Romero, ponía en tela de juicio la legitimidad de la representación, lo que repercutía en la capacidad de esa integrante de la unión temporal y, por contera, afectaba el acuerdo de constitución de la unión temporal adjudicataria, todo lo anterior para concluir que lo procedente habría sido descalificar la propuesta presentada por Empresarios del Caribe y, como fuera que la administración le adjudicó el contrato a dicha unión temporal que era un proponente no hábil, esa decisión estaba viciada de nulidad, lo que también invalidaba el contrato de concesión No. A.P 015 del 1 de diciembre de 2000.

Finalmente, puso de presente que no habría lugar, en este caso, al restablecimiento del derecho pretendido en la demanda, porque el inciso primero del numeral 21 del pliego de condiciones dispuso que “solamente clasificarán los proponentes que obtengan un puntaje igual o superior al 70% del puntaje general establecido” y la propuesta presentada por la sociedad demandante obtuvo 66.666 puntos de los 100 posibles, lo que significaba que no satisfizo la condición prevista en el pliego de condiciones y por lo tanto, ni

siquiera como proponente único, alcanzó el puntaje mínimo clasificatorio para merecer la adjudicación del contrato.

Agregó que, si bien como consecuencia de la nulidad del contrato de concesión y del acto de adjudicación, se habría de entender que la sociedad demandante era el único proponente hábil, esa sola circunstancia no habilitaba para aplicar el ítem III del numeral 21 del pliego, que disponía que en la evaluación económica se calificaría “*dándole el máximo puntaje de 35 puntos a la mejor propuesta económica*”, pues esa puntuación estaba contemplada para el evento de pluralidad de proponentes hábiles en la que uno de ellos demostrara, dentro de una legal competencia, tener mejor propuesta que los demás, supuesto fáctico que no se cumplió en el presente asunto, dado que solamente concurrió un proponente hábil y no sería viable calificar al único oferente como el mejor.

Los recursos de apelación.

La demandada, Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO-, solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, por cuanto en primer lugar, consideró que la acción que debió ejercitarse era la de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho y no la contractual; luego de transcribir algunas citas jurisprudenciales sobre el control de legalidad de los actos precontractuales, concluyó que “*no hay lugar al estudio de la pretensión de nulidad absoluta de resolución de adjudicación, que debió ser propuesta como hecho o como fundamento de la acción contractual*”.

Expuso, además, como otro motivo de inconformidad de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, que el contrato de preposición suscrito entre Enilse López y Jorge Chaljub es completamente válido, pues por ser un

contrato privado no requería ritualidades especiales para su conformación. También adujo que no era viable exigir la presentación personal de las propuestas a cada uno de los proponentes que conformaban la unión temporal, pues en ese evento sería el representante legal de la misma quien debía realizarla (f. 29 a 37, c. ppl.).

La apelación de la demandante

La parte actora solicitó la modificación de la sentencia en relación con los temas que le fueron desfavorables, para lo cual pidió confirmar el numeral primero y revocar el numeral segundo y el tercero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada para en su lugar acceder a la condena a la indemnización de perjuicios a su favor, para lo cual reiteró que al ser el único licitante hábil la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, su propuesta económica era la mejor y debió obtener el mayor puntaje en ese factor, con lo cual habría superado el límite mínimo de calificación -70%- exigido en el pliego para ser tenida en cuenta y ello le daba derecho a ser favorecida con la adjudicación de la licitación, concluyendo:

(...) De lo anterior queda claro, que descalificado como proponente inhábil la Unión Temporal Empresarios del Caribe, y en aplicación del ordinal III del numeral 21 del Pliego de Condiciones de la licitación, en concordancia con los numerales 11 y 12 ibídem, y **habiendo llenado todos los requisitos de la licitación**, a mis poderdantes les corresponde en el factor económico como único licitante hábil, una ponderación o calificación del 35%/100, quedando su calificación total en **73.666%/100**, siendo los únicos y reales ganadores de la licitación, y al no otorgárseles el contrato de concesión de Apuestas Permanentes, le fue arbitrariamente desconocido ese derecho, causándoles graves perjuicios económicos, en relación con los cuales ha de ordenarse que la entidad concedente demandada, La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico "LOTANCO", resarza los perjuicios que les causó, y pague a favor de mis poderdantes las sumas de dinero que ordene el Honorable Consejo de Estado, conforme a lo solicitado en la demanda" (subrayas y negrillas son del texto original; f. 447 a 465, c. ppl.).

La apelante también manifestó su inconformidad con la decisión del *a quo* de no condenar en costas, cuando las pretensiones fueron parcialmente acogidas y la oposición de la demanda se fundó en circunstancias que a primera vista resultaban contrarias a derecho. Así mismo, pidió que se realizara –por cuanto el Tribunal de primera instancia se abstuvo de hacerlo– pronunciamiento expreso en relación con la responsabilidad conexa que corresponda a los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso licitatorio, en la evaluación de las propuestas, en su adjudicación y asesoramiento, lo anterior en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 78 del Código Contencioso Administrativo, 50 y ss de la Ley 80 de 1993 y 6 de la Constitución Nacional y teniendo en cuenta que las modificaciones realizadas al pliego de condiciones que rigió la licitación ilegalmente adjudicada, se hicieron con el fin de favorecer a uno de los licitantes –que fue quien las solicitó– en detrimento de quien por llenar todos los requisitos y haberse sometido a las condiciones iniciales del pliego, presentó la mejor oferta. Esa actuación irregular de los funcionarios y aún de los mismos licitantes favorecidos, a juicio de la apelante, amerita una sanción (f. 447 a 465, c. ppl.).

6. El trámite de la segunda instancia.

Los recursos así presentados, fueron admitidos por auto del 1 de octubre de 2009 y ejecutoriado éste, mediante proveído del 12 de enero de 2010 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, término procesal del que hizo uso la parte demandante para insistir en los argumentos expuestos en el recurso de apelación (f. 68 y 70 a 73, c. 14).

Por su parte la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II.- CONSIDERACIONES

Competencia del Consejo de Estado.

La Sala tiene competencia para conocer en segunda instancia del presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984¹⁰-, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia¹¹.

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 1 de abril de 2009, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en “veinticinco mil millones de pesos m/l (\$25.000'000.000)” por concepto de daños materiales en la

¹⁰ A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, sin embargo, por expresa disposición de la norma, éste no es aplicable al proceso de la referencia. “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior (Se destaca).

¹¹ De acuerdo con el artículo 132 numeral 5º del C.C.A. “Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: (...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

modalidad de lucro cesante, mientras que el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviese vocación de doble instancia era de ciento cuarenta y tres millones de pesos M/cte (\$143'000.000)¹².

Hechos probados

1. La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, mediante Resolución n.º 380 del 15 de septiembre de 2000, ordenó la apertura de la licitación pública 001/00, cuyo objeto era la explotación del juego de apuestas permanentes denominado “chance” en el territorio del Departamento del Atlántico y en el Distrito de Barranquilla, apertura que se produjo a partir del 12 de octubre del mismo año, según consta en la Resolución 417 de esa fecha (f. 41, c. 1).
2. La licitación se rigió por el pliego de condiciones elaborado por la entidad para ello, del cual se destacan las siguientes disposiciones (f. 43 a 63, c. 1):
 - 2.1. Se informó que su objeto era “*adjudicar, previo procedimiento de licitación pública, el contrato para la explotación del juego de APUESTAS PERMANENTES, por un término de tres (3) años contados a partir del 1º de diciembre del 2000 hasta el 30 de noviembre de 2003 en el Distrito de Barranquilla y el Departamento del Atlántico*” (num. 1) y que el contrato, que sería de concesión, se regiría por la “*Ley 80 de 1993, los derechos que la reglamentan, las normas especiales del juego de apuestas permanentes, las condiciones que se prevén en el pliego y sus adendas*” (num. 2 y 3).
 - 2.2. El proceso de selección constaría de dos etapas, en la primera de las cuales se evaluaría “*(...) el cumplimiento de los requisitos clasificatorios, que*

¹² Lo anterior teniendo en cuenta que para el 2001 el salario mínimo ascendía a la suma de \$286.000, que multiplicados por 500 corresponden a \$143'000.000.

corresponde al cumplimiento de las exigencias jurídicas, técnico-administrativas y financieras mínimas (...)" contenidas en el pliego y, en la segunda etapa se evaluaría y calificaría "el sobre que contiene la propuesta económica de los proponentes que llenaron los requisitos clasificatorios", aclarando que el sobre que contenía la propuesta económica sólo se daría a conocer al momento de cerrarse la licitación (num. 4, estructura del proceso).

2.3. La licitación se abriría el 12 de octubre y se cerraría el 26 de octubre de 2000 (num. 5)¹³.

2.4. Se dispuso que dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, se realizaría una audiencia con el objeto de precisar su contenido y alcance y de oír a los interesados, de lo que se levantaría la respectiva acta. Como resultado de la misma y cuando fuera conveniente, el representante legal de la entidad expediría mediante adenda las modificaciones y/o aclaraciones pertinentes al pliego y prorrogaría, si fuera necesario, el plazo de la licitación, hasta por 6 días hábiles. A pesar de lo anterior, en caso de dudas sobre el contenido y alcance del pliego, o si se encontraban incongruencias, errores u omisiones, o si conforme a la ley se requería alguna modificación de algunos términos de la licitación, se debía hacer la solicitud por escrito y sería contestada por la entidad, con copia para todos los participantes (num. 7, audiencia de aclaración de pliegos).

2.5. El pliego de condiciones estableció que cada uno de los oferentes y la oferta misma debían cumplir los requisitos consignados en el mismo pliego y los legalmente exigidos y que de no hacerlo, la propuesta sería rechazada sin necesidad de entrar a evaluar los demás criterios.

¹³ El plazo de la licitación fue prorrogado en dos ocasiones, siendo la fecha última de cierre el 10 de noviembre de 2000 a las 10:00 a.m. (f. 45 y 73, c. 1).

2.6. En relación con los requisitos de participación en la licitación, se dispuso:

8. PARTICIPANTES

8.1 Requisitos Generales.

Para participar en el presente proceso de selección por licitación se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 8.1.1 *Retirar el pliego de condiciones.*
- 8.1.2. *Ser persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal.*
- 8.1.3. *No encontrarse incursa en ninguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de que tratan los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993 y demás normas legales vigentes.*
- 8.1.4. *Cumplir con las condiciones estipuladas en este documento.*
- 8.1.5. *Presentar las propuestas directamente o por intermedio de mandatario o persona legalmente autorizada para el efecto de acuerdo con la ley Colombiana.*
- 8.1.6. *Acreditar experiencias específicas como mínimo de CINCO AÑOS en el objeto de licitación, es decir como concesionario de apuestas Permanentes en Colombia. En el caso de consorcio o unión temporal se tomará la experiencia de cualquier miembro del consorcio o unión que estos escojan¹⁴.*
- 8.1.7. *Acreditar el cumplimiento de contratos de concesión del juego de apuestas permanentes cuyas cuantías sumadas en los últimos tres años sean igual o supera a Cinco mil millones de pesos m/l (\$5.000.000.000.00). Si se trata de consorcios o unión temporal, se podrán sumar todos los contratos que hayan celebrado los integrantes¹⁵.*
- 8.1.8. *Estar a paz y salvo por todo concepto con la Empresa de Loterías y Apuestas permanentes del Atlántico con Hacienda Departamental y con la DIAN, al momento del cierre de la licitación, es decir el día 26 de octubre del año 2.000. Este requisito debe ser cumplido por cada uno de los integrantes, en caso de consorcio o de unión temporal.*
- 8.1.9. *Tener un patrimonio igual o superior a mil quinientos millones de pesos m/l (\$1.500.000.000.oo) En caso de consorcios o uniones temporales se podrán sumar los patrimonios de los miembros pero el total deberá mantenerse hasta la terminación de la ejecución del contrato¹⁶.*

¹⁴ Modificado por el adendo 1, quedó así: “8.1.6. Acreditar experiencias específicas como mínimo de tres (3) años ...”; el resto quedó igual (f. 65, c. 1).

¹⁵ Modificado por el adendo 1, quedó así: “8.1.7. Acreditar la suscripción de contratos de concesión (...)”; el resto quedó igual.

¹⁶ Este numeral fue modificado por el adendo 1 y quedó así: “8.1.9. Al momento de presentar la oferta, tener un patrimonio igual o superior a mil quinientos millones de pesos m/l (\$1.500.000.000.oo). En caso de consorcios o uniones temporales se podrán sumar los patrimonios de los miembros”. El resto se suprimió (f. 65, c. 1).

8.1.10. Otorgar Garantía de seriedad de la propuesta conforme lo previsto en el presente pliego.

8.1.11. Constituir agencias o puntos de ventas en la totalidad de los municipios del Departamento del Atlántico y en el Distrito de Barranquilla.

8.1.12. Acompañar a la propuesta los documentos y certificados a que hace referencia el numeral 15 del presente pliego.

8.2. Si es persona Jurídica:

Además de los contenidos en el numeral 8.1, si se trata de persona jurídica deberá cumplir los siguientes:

8.2.1. Tener una duración no inferior a la del plazo del contrato y un (1) año más.

8.2.2. Acreditar su existencia y representación legal mediante la presentación del certificado correspondiente.

8.2.3. El objeto social debe permitir la actividad, gestión y operación que se solicita.

8.2.4. Aportar la autorización del Representante Legal para comprometer a la sociedad hasta por el valor de la propuesta y suscribir el contrato en el caso de serle adjudicado.

8.2.5. Certificado de la dependencia correspondiente de la Gobernación, en el que conste que ni la sociedad ni el representante legal han sido condenados por defraudación a las rentas del Departamento del Atlántico.

8.2.6. Dos referencias comerciales y dos bancarias.

8.3. Si es Persona Natural:

Además de los requisitos generales fijados en el numeral 8.1. los siguientes:

8.3.1. Estar matriculada a la fecha de apertura, en el registro mercantil.

8.3.2. Tener inscritos en el registro mercantil los establecimientos de comercio de los que es propietario o poseedor.

8.3.3. Dos referencias comerciales y dos bancarias.

8.3.4. Certificado de la Gobernación del Atlántico, dependencia correspondiente, de no haber sido condenado por defraudación a las rentas del Departamento del Atlántico.

8.4. Si es Consorcio o Unión Temporal:

Además de los requisitos generales atrás fijados, en los subnumerales y literales del numeral 8.1, los siguientes:

8.4.1. Indicar si su participación es (sic) título de consorcio o de Unión Temporal y suministrar los documentos de la constitución del consorcio o Unión Temporal.

8.4.2. Designar la persona que, para todos los efectos, representará el consorcio o Unión Temporal y señalar las reglas básicas que regulan las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

8.4.3. Cada una de las personas o firmas que integran el consorcio o Unión Temporal debe cumplir los requisitos legales y acompañar los documentos requeridos en el presente pliego como si fueran a participar en forma independiente. Salvo en los casos en que el pliego permita expresamente sumar o acumular los requisitos aportados por los consorciados o los integrantes de la unión, o que el pliego determine que se tomará como cumplido el requisito cuando al menos uno de los miembros del consorcio lo cumple y en la propuesta se señala cuál es y la manera como él acredita el requisito solicitado.

8.4.4. Las personas que integran el consorcio o Unión Temporal pueden acreditar conjuntamente requisitos técnicos y económicos establecidos en éste pliego, cuando se autoriza expresamente la acumulación (las negrillas son de la Sala).

2.7. Se enunciaron las etapas de la licitación y el orden de elegibilidad (num.9 y 10):

(...) la primera clasificatoria y la segunda calificatoria.

En la primera etapa se evaluará el cumplimiento de los requisitos para participar. El Comité Evaluador admitirá las propuestas que contengan las exigencias mínimas establecidas en el presente pliego.

En la segunda se relacionarán en orden descendente las propuestas económicas que corresponden únicamente a los proponentes admitidos.

(...) El orden de elegibilidad entre los proponentes que cumplan los requisitos y condiciones se hará teniendo en cuenta el orden descendente de las propuestas calificadas, siempre y cuando la cuantía sea igual o mayor a la prevista como mínima¹⁷ en el presente pliego (las negrillas son de la Sala).

¹⁷ En los numerales 11 (modificado por el adendo 1, f. 65, c. 1) a 13 del pliego se estableció lo concerniente a i) la cuantía mínima, ii) el número mínimo de cajas y el valor de la propuesta, refiriéndose al consumo mínimo que debía hacer cada año del contrato el concesionario elegido: para el primer año, 4320 cajas por 25 mil formularios por una apuesta máxima de \$ 950, por una regalía del 8,5% (regalía mínima, según se aclaró en el adendo 1, que modificó el numeral 11); para el segundo año, 4560 cajas por 25 mil formularios, por una apuesta máxima de \$ 1000 y una regalía –mínima- del 8,5% y el tercer año, 4800 cajas por 25 mil formularios, por una apuesta máxima de \$ 1050 y una regalía –mínima- del 8,5%; se aclaró que si la propuesta no alcanzaba el valor mínimo solicitado, se consideraría que había omitido un requisito indispensable para el análisis preliminar o jurídico, y/o para la comparación de las ofertas en los análisis técnico y económico-financiero, y por lo tanto sería objeto de inadmisión. En el adendo 1, que modificó el numeral 11, se adicionó que en caso de normas futuras que introdujeran modificaciones al porcentaje

2.8. En relación con la acreditación de requisitos, el pliego estableció:

15. ACREDITACION DE REQUISITOS: Deberá presentarse toda la información y acompañarse los documentos solicitados en este pliego en el orden secuencial aquí establecido:

15.1. Índice de la información presentada¹⁸.

15.2. Carta de presentación de la propuesta firmada por el proponente, indicando en ella su conocimiento y conformidad con el pliego en la que afirme (anexo No. 1) que:

15.2.1. Estoy debidamente facultado para presentar la propuesta

15.2.2. Esta propuesta y el contrato que llegare a celebrarse en caso de adjudicación compromete totalmente a la firma o persona que legalmente represento.

15.2.3. He estudiado el pliego de condiciones y los documentos de la licitación y renuncio a cualquier reclamación por ignorancia o errónea interpretación de los mismos.

15.2.4. He revisado detenidamente la propuesta y declaro que se ajusta al pliego de condiciones.

15.2.5. En caso de que mi propuesta sea favorecida me comprometo a:

a.- Realizar dentro del plazo máximo que fije la Empresa de Loterías y Apuestas permanentes del Atlántico todos los trámites necesarios para la firma y legalización del contrato resultante.

b.- Establecer y presentar oportunamente a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanententes del Atlántico las garantías exigidas en este pliego.

c.- Explotar directamente o a través de mis agentes comerciales, el juego de apuestas permanentes en el Departamento del Atlántico y el Distrito de Barranquilla con sujeción a la ley y bajo el control y vigilancia de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentenes del Atlántico.

d.- Cancelar los impuestos departamentales y nacionales que se deriven del mismo.

15.2.6. El suscripto señala como dirección donde puede recibir notificaciones con la propuesta la siguiente (...)

15.3. La autorización de representante legal para la presentación de la propuesta y/o suscripción del contrato, en caso de ser adjudicado, por el monto específico de la propuesta, con sujeción a las disposiciones aplicables a esta materia.

de las regalías para los próximos años, se entenderán incorporadas al contrato que se adjudique.

¹⁸ En el adendo 1, se dijo sobre este numeral: "15.1. Se suprime. No obstante el proponente favorecido deberá acreditar al momento de la celebración del contratante (sic) no estar en mora en sus obligaciones tributarias de conformidad a la ley 617 de 2000". Mediante adendo 2, la entidad dispuso: "Aclaramos: No se suprime el numeral 15.1 sino el numeral 15.11 de los pliegos de condiciones, con la observación hecha en el adendo No. 1" (f. 65 y 70, c. 1).

15.4. Recibo de pago del pliego expedido por la Tesorería de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico.

15.5. Certificado de existencia y representación legal del proponente, expedido por la Cámara de Comercio con una antelación no superior a un (1) mes de la fecha de cierre de la presente licitación.

15.6. Certificación de la experiencia exigida por la Entidad. En el caso de consorcio o unión temporal se tomará la experiencia de cualquier miembro del consorcio o unión que estos escojan.

15.7. Certificados sobre cumplimiento de contratos anteriores de concesión, cuyas cuantías en los últimos tres (3) años sean igual o superior a cinco mil millones de pesos m/l (\$5.000.000.000.oo). Si se trata de consorcios o unión temporal, se podrán sumar todos los contratos que hayan celebrado los integrantes.

15.8. Cumplimiento de contratos anteriores por el tiempo que acredita la experiencia: El Proponente debe anexar constancia sobre cumplimiento y seriedad en contratos que haya realizado como concesionario de apuestas permanentes. El texto de las certificaciones debe estar completo, con firma del representante legal de la entidad contratante y contener: número, fecha, objeto, valor del contrato y paz y salvo de ejecución. Especificar si el contrato está vigente o ya fue liquidado.

15.9. Declaración de renta año gravable 1998 y 1999 en los cuales debe constar que se tiene un patrimonio igual o superior (sic) mil quinientos millones de pesos m/l (1.500.000.000.oo). En caso de consorcios o uniones temporales se podrán sumarán (sic) los patrimonios pero el total deberá mantenerse hasta la terminación de la ejecución del contrato.

15.10. Garantía de seriedad de la Propuesta.

15.11. Certificación de Paz y salvo Expedido por la DIAN conforme a lo establecido en el artículo 57 parágrafo 3º de la Ley 550 de 1999¹⁹.

15.12. Certificación de Paz y Salvo departamental. Deberá anexarse paz y salvo expedido por el Departamento del Atlántico.

15.13. Estados financieros (Balance y estado de Resultados a 31 de Diciembre de 1998 y 1999, debidamente certificados por el Representante Legal, un Contador Público y Revisor Fiscal, este último, según los casos detallados por la Ley o los estatutos.

15.14. Fotocopia (s) de la(s) tarjeta (s) profesional (es) del Contador Público y Revisor Fiscal.

15.15. Certificado (s) de antecedentes disciplinarios vigente (s) del contador público y el Revisor Fiscal, expedido (s) por la Junta Central de Contadores al Contador Público y Revisor Fiscal.

15.16. Organización actual y propuesta. Certificación de la empresa o empresas sobre su organización actual y sobre la organización propuesta para la ejecución del contrato.

15.17. Estructura de la red de distribución. Relación de la red de mercadeo en cuanto a número de agencias, punto de venta, sistematización futura de puntos de ventas y números de vendedores carnetizados actuales y de los que se espera tener en la ejecución del contrato.

¹⁹ Mediante adendo 2, la entidad dispuso: "Aclaramos: No se suprime el numeral 15.1 sino el numeral 15.11 de los pliegos de condiciones, con la observación hecha en el adendo No. 1" (f. 70, c. 1).

15.18. Sobre que contiene la propuesta económica. Toda propuesta llevará por separado un sobre en el cual se contendrá en forma incondicional la oferta económica conforme a las condiciones previstas en este pliego.

15.19. Otros documentos. -Los demás documentos relacionados con la propuesta y tomando en cuenta de si se trata de personas natural, jurídica, consorcio o unión temporal.

La información anterior debe ser presentada en forma clara, de tal manera que se facilite su análisis y evaluación, y precedida del siguiente enunciado: (...).

La propuesta se entregará en dos ejemplares y a su vez cada uno de ellos deben contener dos sobres debidamente identificados, uno de los cuales se denominará ACREDITACIÓN DE REQUISITOS y el otro PROPUESTA ECONÓMICA.

El sobre marcado ACREDITACIÓN DE REQUISITOS deberá contener todos los requisitos establecidos en este pliego con sus respectivos anexos relacionados. El sobre de la PROPUESTA ECONÓMICA, contendrá ésta. Ambos sobres serán abiertos durante la cesión de cierre de la licitación y apertura pública de las propuestas.

La propuesta debe estar firmada por el proponente o su representante legal si se trata de una persona jurídica y debe contener el nombre o razón social, la dirección, el número telefónico y de fax del proponente.

El hecho de adquirir un original del pliego de condiciones autoriza al OFERENTE a presentar únicamente una propuesta.

Los documentos se presentarán sin borrones, tachaduras o enmendaduras (las negrillas son de la Sala).

2.9. Así mismo, se dispuso en el pliego de condiciones la facultad de la entidad para solicitar la aclaración de las propuestas o documentos complementarios, según el caso, para efectos de facilitar el examen, evaluación y comparación de las mismas, lo cual se haría por escrito y así debían ser respondidas, antes del término fijado para que el informe de evaluación quedara a disposición de los oferentes, so pena de considerarse omitido un requisito indispensable para el análisis preliminar o jurídico de acreditación de requisitos; si la entidad, al efectuar la referida verificación, encontraba inconsistencias graves, podía descalificar al proponente (num. 16).

2.10. A continuación, el pliego se refirió a la forma como se debía hacer la presentación de los documentos exigidos, sin alteraciones, en 2 ejemplares idénticos, foliados, respetando los formatos suministrados y presentando la propuesta en 2 sobres separados, cerrados, sellados y numerados, con todos sus anexos, etc.; y se aclaró que los documentos debían ser “*presentados por el proponente, su representante legal o alguien autorizado por éste, mediante poder autenticado dentro del término respectivo*”, que también serían recibidos los documentos enviados por correo certificado, “*en los términos del art. 10º del Decreto 266 del 2000*” y que “*una vez presentados, los documentos no podrán ser adicionados, modificados o reemplazados. En caso de producirse cualquiera de estos hechos, la entidad hará efectiva la respectiva garantía de seriedad*” (num. 17²⁰).

2.11. Se exigió la respectiva garantía de seriedad de la oferta y se estableció cuándo la misma se haría efectiva (num. 18).

2.12. Se reguló lo referido al informe de evaluación, su puesta a disposición de los oferentes para que le hicieran las observaciones que consideraran pertinentes, sin que pudieran complementar, adicionar, modificar o mejorar la información suministrada (num. 19).

2.13. A continuación, estableció los criterios para la evaluación y adjudicación, advirtiendo que se llevaría a cabo una selección objetiva, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo correspondiente, para lo cual se tendrían en cuenta los siguientes requisitos y procedimientos, con el fin de buscar el licitante cuya propuesta sea ajustada al pliego de condiciones (num. 20):

- a. **Requisitos jurídicos:** Son aquellos que deben cumplir los oferentes y la oferta misma que se ha venido mencionando en el pliego de condiciones

²⁰ Modificado por el adendo n.º 1, se suprimió la frase “*en los términos del art. 10º del Decreto 266 del 2000*” (f. 65, c. 1).

y son los exigidos por la ley. El incumplimiento de cualquiera de ellos, descalifica al proponente y genera rechazo de la oferta sin necesidad de entrar a evaluar los demás criterios.

- b. Selección de las mejores ofertas: Verificado el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para contratar y presentar ofertas, se tomarán las ofertas no rechazadas para proceder a la respectiva calificación, de acuerdo con los siguientes factores y puntajes de selección (las negrillas son de la Sala).

2.14. En la regulación de los factores de selección (num. 21)²¹:

2.14.1. Se aclaró que sólo clasificarían los proponentes que obtuvieran un puntaje igual o superior al 70% del puntaje general establecido.

2.14.2. Se dispuso que la evaluación jurídica tendría un puntaje único de 5 puntos, para el proponente que cumpliera con todos los requisitos exigidos por la ley y por el pliego y quien incumpliera en su presentación, sería descalificado y NO se entraría a evaluar los demás aspectos.

2.14.3. En la evaluación técnica, el puntaje máximo sería de 25 puntos y se calificaría teniendo en cuenta el número de agencias en el Departamento del Atlántico que el proponente ofreciera y acreditara con su respectiva dirección, así:

²¹ En el adendo 1 (f. 65, c. 1), se modificó este numeral, para establecer: i) respecto del factor de evaluación jurídica, que ésta “tiene por objeto la verificación de todos los requisitos establecidos por la ley y el presente pliego de condiciones y deberá preceder a la calificación de las propuestas”; es decir, ya no otorgaba puntaje; ii) en el factor de evaluación técnica, se dispuso un puntaje máximo de 30 puntos y modificó el puntaje a otorgar según el número de agencias propuestas, para aumentarle 5 puntos a quien acreditara de 201 en adelante, que ya no obtendría 15 sino 20 puntos; iii) En la evaluación económica, se eliminó la ponderación, estableciendo simplemente que la entidad calificaría este aspecto “dándole el máximo puntaje de 35 puntos a la mejor propuesta económica”; iv) en la evaluación financiera, estableció las “fórmulas para evaluar este punto”, así: “Liquidez: Razón corriente: Activo corriente/Pasivo Corriente. Endeudamiento: {(Pasivo Total/Activo Total)100} -1. Patrimonio: Activos Totales-Pasivos Totales” y procedió a otorgar el puntaje máximo por cada rango, así: **Razón corriente o liquidez:** de 0 a 1,5: máximo 3 puntos; de 1,6 a 2: máximo 6 puntos; de 2 en adelante: 11,6 puntos. **Endeudamiento (mayor capacidad):** de 0 a 40%: 3 puntos; de 41 a 80%, 6 puntos y de 81% en adelante, 11,6 puntos. **Patrimonio (En millones):** entre 200 y 400: 3 puntos; entre 401 y 800: 6 puntos y de 801 en adelante: 11,6 puntos.

Rango	Puntaje
De 100 a 150 agencias	5
De 151 a 200 agencias	10
De 201 agencias en adelante	15

2.14.4. También tendría calificación la experiencia del proponente en contratos de concesión del juego de apuestas permanentes, así:

Rango	Puntaje
De 1 a 3 años	5
De 3 años en adelante	10

2.14.5. En la evaluación económica, a la mejor propuesta se le otorgaría un puntaje de 35 puntos, a la segunda mejor propuesta se le restaría un 20% del puntaje máximo y a quien ocupara el tercer puesto un 40% y así sucesivamente.

2.14.6. Para realizar la evaluación financiera, se tendrían en cuenta los factores de liquidez, índice de endeudamiento y patrimonio del proponente, la puntuación máxima sería de 35 puntos para la oferta que presentara el mejor respaldo financiero, y en orden descendente se les iría restando un 20%.

De lo hasta aquí consignado se tiene que el puntaje máximo que podían obtener los proponentes era de 100 puntos, los que se encontraban divididos en i) evaluación jurídica: 5 puntos, ii) evaluación técnica: 25 puntos, iii) evaluación económica: 35 puntos y, iv) evaluación financiera: 35 puntos. En esa oportunidad se dispuso que el proponente que no cumpliera con la

evaluación jurídica, quedaría descalificado inmediatamente y no se revisarían los otros ítems con el fin de adicionar los puntos.

3. La entidad expidió tres adendos al pliego de condiciones:

3.1. En el primero, introdujo las modificaciones a los puntos 8.1.6, 8.1.7, 8.1.9, 11, 17 y 21, que ya se relacionaron (pie de página n.º 13 a 20). Modificó así mismo, i) el numeral 25 del pliego, relativo a la garantía única de cumplimiento del contrato y ii) varias de las obligaciones contractuales que estarían a cargo del concesionario, contempladas en el numeral 30.1: el numeral 30.1.25, sobre el patrimonio líquido que debía tener, que originalmente establecía que el ofrecido en la oferta debía mantenerlo durante la vigencia del contrato y su liquidación²²; el numeral 30.1.26, sobre la obligación de instaurar las denuncias penales correspondientes por el ejercicio ilegal del juego²³; el numeral 30.1.30, sobre el suministro de formularios a las empresas y promotores que lo requirieran, debiendo fijarse los precios y condiciones por un comité integrado por el representante legal del concesionario, el gerente general de la concedente y un delegado escogido por las empresas explotadoras del chance y promotores²⁴; el numeral 30.1.31, que establecía como obligación del concesionario respetar los derechos de las empresas explotadoras del chance y de los promotores²⁵ y el punto 30.1.32, sobre la obligación de control y vigilancia sobre las agencias, vendedores y puntos de venta a su cargo y denunciar cualquier ilegalidad que advirtiera²⁶.

²² En el adendo 1 se dispuso que el punto 30.1.25 quedaría así: “Al momento de presentar la oferta, tener un patrimonio equivalente a un mil quinientos millones de pesos m/l (\$1.500.000.000.00). En caso de consorcios o uniones temporales se podrán sumar los patrimonios de los miembros”.

²³ Se modificó para indicar la norma con fundamento en la cual debía efectuar tal denuncia: art. 91 del Decreto 33 de 1984.

²⁴ Se modificó para agregar que el tercer miembro de ese comité sería un delegado escogido por las empresas explotadoras de chance que no hagan parte del concesionario y promotores.

²⁵ En el adendo 1, se agregó que estuvieran debidamente reconocidos por el comité.

²⁶ Este numeral se adicionó para cambiar la frase “estará obligada a denunciar” por “deberá denunciar”.

3.2. En el adendo n.^o 2, i) se aclaró que el que se suprimió en el adendo 1 no fue el numeral 15.1 del pliego de condiciones, sino el numeral 15.11, con la observación hecha en aquella ocasión (ver pie de página 18); ii) se aclaró la calificación de la experiencia en los contratos de concesión de apuestas permanentes, estableciendo que en el rango de 1 a 3 años, se le otorgaría a la propuesta 5 puntos y en el rango de más de 3 años, se le darían 10 puntos; iii) sobre la evaluación económica, se dispuso que “será la misma que aparece en los pliegos de condiciones”; iv) en cuanto a la evaluación financiera, se dispuso la “*Ecuación para evaluar la capacidad de endeudamiento*”²⁷; v) sobre el numeral 25, se aclaró que la garantía del 5% sobre el valor del contrato que aparecía en el adendo 1, sería de responsabilidad civil extracontractual y no de pago de premios y vi) respecto de los numerales 30.1.30 y 30.1.31 del pliego, manifestó que “*Como quiera que una de las partes impugnó la legalidad de las dos disposiciones contractuales antes citadas y solicita la eliminación de las mismas, la entidad mediante acto administrativo debidamente motivado adoptará la decisión a que hubiere lugar*”.

3.3. En el adendo n.^o 3, se aclaró que hubo un error en el adendo n.^o 2 en la evaluación financiera, rango Patrimonio, en donde se consignó en la segunda puntuación el número 14.999, cuando debió ser 1.499: de 801-1.499 (f. 1, c. 5).

4. En la licitación pública n.^o 001 de 2000, se presentaron sólo dos proponentes: la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia y la unión temporal Empresarios del Caribe, según consta en acta de cierre de la

²⁷ Consignó: “*Ecuación para evaluar la capacidad de endeudamiento: (Pasivo total/Activo Total) x 100*” y a continuación, en un cuadro, dispuso: **Razón corriente o liquidez:** de 0 a 1,5: 3 puntos; de 1,6 a 2: 6 puntos; de 2 en adelante: 11,6666 puntos. **Endeudamiento (mayor capacidad):** de 0 a 40%: 3 puntos; de 41 a 80%, 6 puntos y de 81% en adelante, 11,666 puntos. **Patrimonio (En millones):** entre 400 y 800: 3 puntos; entre 801 y 14.999: 6 puntos y de 1500 en adelante: 11,6666 puntos.

licitación y apertura de las propuestas, del 10 de noviembre de 2000 (f. 74, c. 1; c. 2 y c. 9):

4.1. La unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, estaba conformada por i) la señora Blanca Nubia Ochoa Molano y las sociedades ii) Le Apuesto S.A. iii) e Inversiones Porzul Ltda. (convenio de constitución de la unión temporal, f. 156, c. 9).

4.2. La unión temporal Empresarios del Caribe, estaba compuesta por: i) Rafael Andraus Burgos, ii) la sociedad Inversiones Malihu Ltda., iii) la sociedad Olímpico S.A., iv) el señor Renato Fabián Pardo Donado y v) la señora Enilse López Romero, esta última que, según el documento de constitución de la unión temporal aportado con la oferta, “*se encuentra representada para los efectos de este compromiso por el señor Jorge Chaljub, según poder a él conferido y que se anexa al presente documento ...*”, que fue la persona que suscribió el mencionado compromiso²⁸ (f. 98, c. 2).

5. En la evaluación y calificación de las ofertas, se observa:

5.1. El comité de asuntos jurídicos presentó informe en el que concluyó, luego de relacionar la documentación acompañada con cada una de las ofertas, que teniendo en cuenta el numeral 8 del pliego de condiciones y conforme con lo dispuesto por el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto la presentada por la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia como la presentada por la unión temporal Empresarios del Caribe, cumplían con todos los requisitos exigidos por la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes LOTANCO para celebrar el contrato de concesión del monopolio de apuestas permanentes objeto de la licitación (f. 6, c. 3).

²⁸ La Sala no encontró en el expediente el poder mencionado en el documento de constitución de la unión temporal que reposa con la propuesta presentada por la unión temporal Empresarios del Caribe dentro de la licitación pública 001 de 2000 ni ningún otro que la señora Enilce López Romero le hubiera otorgado al señor Jorge Chaljub.

5.2. En la evaluación técnica, los proponentes obtuvieron la siguiente puntuación (f. 2, c. 3):

5.2.1. En experiencia mínima de 3 años en el objeto de la licitación:

A la unión temporal Empresarios del Caribe se le otorgó el máximo puntaje de 10 puntos, que corresponde a un rango de experiencia superior a 3 años, por cuanto, como se dice en el informe: “*Nos basamos para colocarle la máxima calificación en lo certificado en el folio 77 de las propuesta en el que la Lotería de Bolívar certifica que la señora Enilse del Rosario López Romero, propietaria del establecimiento de comercio “APUESTAS EL GATO”, integrante de esta Unión ha desarrollado la actividad de Apuestas en esa ciudad desde 1982 en calidad de concesionaria*”. El mismo puntaje -10 puntos- se le otorgó a la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, para lo cual se tuvo en cuenta la experiencia de uno de sus miembros, la señora Blanca Nubia Ochoa Molano, por más de 20 años.

5.2.2. En el número de agencias en el Departamento del Atlántico:

- A la unión temporal Empresarios del Caribe se le otorgaron 20 puntos, en consideración al número de agencias que acreditó tener cada uno de sus miembros, que sumaban un total de 221 (f. 3 y 4, c. 3).

- A la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, le correspondieron 5 puntos, pues según la evaluación, acreditó un total de 119 agencias (f. 5, c. 3):

1.- *Folios 075, 076, 077 y 078, de la oferta, certificado de matrícula No. 198866 certifica que la señora OCHOA MOLANO BLANCA NUBIA es propietaria de 47 agencias.*

2.- *Folios 202 y 203 aparece un listado que registra el total de agencias de 62 sin aclarar ni certificarlas con el respectivo registro. Sin embargo, y teniendo en cuenta*

la presunción de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional se procede a contabilizarlo en la sumatoria respectiva.

3.- Folio 216 de la oferta donde aparece un contrato de cesión en el que el señor Camilo Páez Ospina cede a la señora Blanca Nubia Ochoa Molano 10 agencias.

Con base en lo anterior se contabilizan 62 + 47 + 10 para un total de 119 agencias, lo que los ubica en el 1er rango otorgándoles una calificación de 5 según el pliego de condiciones.

5.3. En la evaluación económica de las ofertas, la unión temporal Empresarios del Caribe obtuvo 29,332 puntos, resultado del promedio de la calificación de los índices de liquidez y endeudamiento y el patrimonio de los años 1999 y 1998; con la misma operación, la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, fue calificada con 23,666 puntos (f. 17 y 18, c. 3).

En cuanto a la calificación de la oferta económica, se concluyó que la unión temporal Empresarios del Caribe presentó la mejor oferta, pues fue por un valor total de \$ 29.165'625.000, razón por la cual fue calificada con 35 puntos, mientras que la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia ofertó un valor de \$ 29.121'000.000 y en consecuencia obtuvo un puntaje de 28 puntos (f. 19, c. 3).

De acuerdo con lo anterior, la evaluación total de las ofertas quedó en los siguientes términos (f. 1, c. 3):

PROONENTE	EVALUACIÓN	TÉCNICA	EVALUACION FINANCIERA	EVALUACIÓN ECONÓMICA	TOTALES
	EXPERIENCIA	AGENCIAS			
UNIÓN TEMPORAL EMPRESARIOS DEL CARIBE	10	20	29.332	35	94.332
UNIÓN TEMPORAL					

EMPRESARIOS UNIDOS DE COLOMBIA	10	5	23.666	28	66.666
--------------------------------------	----	---	--------	----	--------

Mediante Resolución n.º 498 del 29 de noviembre de 2000, el representante legal de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes LOTANCO adjudicó el contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes en el Distrito de Barranquilla y el Departamento del Atlántico, por el término de 3 años, a la unión temporal Empresarios del Caribe y ordenó notificar esta decisión al representante convencional de dicha unión temporal, para que dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación suscribiera y legalizara el contrato adjudicado y comunicarla a la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, decisión que obedeció a que en la evaluación de las propuestas la presentada por la unión temporal Empresarios del Caribe obtuvo 94,332 puntos y la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia obtuvo 66,666 puntos. Luego de estudiar las objeciones presentadas por la demandante contra la evaluación de las ofertas, en las que adujo el incumplimiento por parte de la unión temporal Empresarios del Caribe de varios de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, la entidad llegó a la conclusión de que aquella sí los reunía y que su oferta era la más favorable para los intereses de la entidad (f. 22, c. 1).

El problema jurídico

Teniendo en cuenta los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes y los hechos probados, deberá la Sala establecer si en el proceso se acreditó i) la ilegalidad de la decisión de adjudicación tomada por la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico dentro de la Licitación Pública 001 de 2000 y que favoreció a la unión temporal Empresarios del Caribe y ii) que la oferta presentada por la demandante, unión temporal

Empresarios Unidos de Colombia, cumplió con todos los requisitos exigidos por el pliego de condiciones y por lo tanto, debió resultar favorecida con la adjudicación de la licitación. Para resolver lo anterior, se estudiará la naturaleza del contrato objeto de la adjudicación, así como los argumentos esgrimidos en los recursos de apelación interpuestos por las partes.

El contrato de concesión de apuestas permanentes

Se observa que el procedimiento de selección que adelantó la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentес del Atlántico LOTANCO, dentro del cual se produjo el acto administrativo de adjudicación demandado en el *sub-lite*, estuvo orientado a la celebración de un contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes en el departamento del Atlántico y en el distrito de Barranquilla.

En relación con esta clase de negocios jurídicos, se advierte que corresponden al ejercicio del monopolio estatal de los juegos de suerte y azar cuyas rentas, por disposición constitucional (art. 336²⁹), se destinan exclusivamente a los servicios de salud; de dicho monopolio, hace parte el juego de apuestas permanentes, el cual fue regulado por las Leyes 1^a de 1982 y 53 de 1990³⁰, el

²⁹ El Art. 336 de la Constitución Política, autoriza la creación, en virtud de la ley, de monopolios como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social, estableciendo que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley, a iniciativa del Gobierno; establece que “Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud”, que es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio, que habrá sanción penal para la evasión fiscal en estas actividades, y además, obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes.

³⁰ Esta ley, modificó algunos artículos de los Códigos de Régimen Departamental y Municipal, contenidos en los Decretos Leyes 1222 y 1333 de 1986, respectivamente; en cuanto al primero, el artículo 199, contiene la autorización impartida por la Ley 1^a de 1982 para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de las loterías y beneficencias a las que alude dicha ley, en juegos de apuestas permanentes

Decreto Legislativo 386 de 1983³¹ y el Decreto Reglamentario 033 de 1984, normas que dispusieron aspectos atinentes a la organización, control, administración y explotación de dicho juego. Sobre tales contratos, ha dicho la jurisprudencia³²:

2.1.4.1. El contrato de concesión para el juego de apuestas permanentes

La ley 1a de 1982³³, expedida con fundamento en el artículo 31 de la Constitución de 1886, autorizó a las loterías establecidas por la ley o a las beneficencias que las administren, "para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero", los cuales podrían "ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares".

Posteriormente, la explotación de los juegos de suerte y azar fue regulada en el artículo 336 de la Constitución Política de 1991, dentro de los monopolios que se establecen como arbitrio rentístico, con la finalidad de satisfacer el interés público y social. Al efecto dispuso la destinación exclusiva de las rentas obtenidas con dicha explotación a los servicios de salud.

La misma norma defirió a la ley la fijación del régimen propio de cada monopolio, particularmente en lo que respecta a su organización, administración, control y explotación.

La ley 80 de 1993 tipificó el contrato de concesión como el negocio jurídico por medio del cual el Estado puede encomendar a terceros la explotación de una actividad que constitucional y legalmente le pertenece. Así, en su artículo 32 numeral 4º, dispuso: "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que pude consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la

con premios en dinero, y la posibilidad de realizar estos juegos ellas mismas o mediante contrato de concesión con particulares; el artículo 202, a su vez, dispuso que el Gobierno reglamentaría el juego de apuestas permanentes con premios en dinero.

³¹ El Decreto Legislativo 386 del 10 de febrero de 1983, fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones dadas por el artículo 122 de la Constitución Política de 1886 y en desarrollo del Decreto 3742 de 1982, declaratorio de la Emergencia Económica; actualmente, este monopolio se encuentra regulado por la Ley 643 de 2001.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³³ [15] "Reglamentada por el Decreto 0033 de 1984".

explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

Y en consideración a la especial naturaleza y al fundamento del contrato de concesión, la Sala, en varias oportunidades,³⁴ ha precisado que el contrato de concesión no sólo se celebra con el objeto de trasladar a los particulares la prestación de servicios públicos, sino también la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se asignan al Estado o cualquiera de las entidades públicas, como sucede con la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio.

La ley 643 de 2001 actualmente regula la explotación de los juegos de suerte y azar, a cuyo efecto desarrolla la finalidad en que se sustenta, cual es la contribución eficaz a la financiación del servicio público de salud. Objetivo que, conforme lo explicó la Sala, impone la "... racionalidad económica en la operación y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesaria para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio; iii) la vinculación de la renta a los servicios de salud, dado que la razón de ser del monopolio es precisamente la financiación de los servicios de salud."³⁵

En desarrollo de esa finalidad prevista en la Constitución Política, que la ley reguló expresamente el derecho que adquiere la entidad pública al celebrar el contrato de concesión y que denominó derecho de explotación, como "un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la ley" (Art. 8 ley 643 de 2001).

Respecto del contenido de ese derecho, la ley dispuso expresamente que los concesionarios debían pagar "mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos." (Art. 23 de la ley 643 de 2001)³⁶.

No cabe duda entonces, de la importancia que reviste el contrato de concesión de apuestas permanentes para la satisfacción directa de un interés general, como es el que se encuentra involucrado en el servicio de salud. Y por lo tanto, de la necesidad de que su ejecución se adelante en términos que garanticen el ingreso de los recursos esperados de ese arbitrio rentístico, por ser ésta la única finalidad por la cual se justifica el monopolio estatal de dicha actividad.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasará la Sala a analizar los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por las partes.

³⁴ [16] "Al respecto cabe consultar la sentencia proferida por la Sala el 19 de junio de 1998, expediente 10.217".

³⁵ [17] "Al efecto cabe consultar la sentencia proferida por la Sala el 16 de marzo de 2006, expediente AP 239".

³⁶ Se advierte, no obstante, que para la fecha de realización de la licitación pública cuya adjudicación es objeto de la presente controversia, dicha Ley 643 aún no había sido expedida.

La acción instaurada y su ejercicio oportuno.

Uno de los motivos de inconformidad manifestados por la entidad demandada frente a la sentencia de primera instancia, corresponde a la improcedencia de la acción ejercitada por la parte demandante, en la que solicitó la nulidad del acto de adjudicación y, por consiguiente, del contrato suscrito como consecuencia de la misma, por lo que se procederá a realizar un recuento jurisprudencial sobre el tema, para, luego, con las pruebas obrantes en el proceso, concluir si se encuentra bien formulada la demanda.

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998³⁷ y hasta el 2 de julio de 2012³⁸, consagró la caducidad de las acciones judiciales contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, así:

Artículo 87. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos

³⁷ Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso: “En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, comenzó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación”.

³⁸ Fecha en la cual comenzó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, el cual no aplica a las actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso, de acuerdo con su artículo 308.

previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato³⁹.

En sentencia del 4 de febrero de 2010, la Sección sostuvo:

(...) la Ley 446 de 1998 introdujo importantes variaciones al régimen de las acciones procedentes ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia contractual, por cuanto estableció, en relación con los actos precontractuales, es decir aquellos proferidos antes de la celebración del contrato, que los mismos son demandables “(...) mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”, a lo cual añadió dicha

³⁹ La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1048 de 2001 declaró la exequibilidad de la disposición legal mencionada y se pronunció acerca de la caducidad de las acciones contra los actos previos a la celebración del contrato estatal, en los siguientes términos: “La Corte estima que la norma ha sido objeto de dos interpretaciones diversas, pero que ninguna de ellas responde a la verdadera intención del legislador: según una la primera, la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad y en consecuencia impide acudir posteriormente a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos previos, con lo cual quedan desprotegidos los intereses de terceros no contratantes, especialmente de quienes participaron en el proceso de licitación; según una segunda, tal celebración no extingue dicho plazo, pues la norma no lo dice expresamente, por lo cual, a pesar de haberse celebrado el contrato, sigue corriendo el término de caducidad; a juicio de la Corte las anteriores interpretaciones no consultan la verdadera intención del legislador, la cual puede extraerse de la lectura armónica de los incisos segundo y tercero de la disposición acusada, interpretación armónica que la demanda, las intervenciones y la vista fiscal han omitido hacer. // En efecto, la segunda interpretación referida es contraria al tenor literal de la disposición, pues es clara la intención legislativa de impedir la interposición de las acciones no contractuales con posterioridad a la celebración del contrato. La expresión, ‘(u)na vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato’, a juicio de la Corte es indicativa de la voluntad del legislador de fijar un límite a la separabilidad de los actos previos, definiendo que a partir de la firma del contrato tales actos se hacen inseparables del mismo. // De su parte, la interpretación del demandante, si bien es acertada en cuanto reconoce que la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales), resulta equivocada en cuanto afirma que dicha extinción tiene el alcance de impedir la defensa judicial de los intereses de terceros participantes en la actividad precontractual. La disposición no des protege estos intereses, pues conforme ella misma lo señala en su tercer inciso, dichos terceros, por tener un interés directo, pueden pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos. No quedan por ende desamparados, pues esta acción satisface sus pretensiones, amén de que dicha nulidad absoluta, por las mismas razones, también puede ser invocada por el Ministerio Público, o aun ser declarada de oficio por el juez administrativo”.

norma legal que la interposición de estas acciones no interrumpe el procedimiento administrativo de licitación ni la celebración y ejecución del contrato; así mismo, agregó la disposición en cita, que una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

Las anteriores disposiciones, como es bien sabido, tienden a proteger los procedimientos de selección y contratación estatales, para blindarlos ante ataques injustificados que pueden afectar de manera directa el correcto funcionamiento de la Administración y en forma refleja el cumplimiento de los cometidos estatales y la correcta prestación de los servicios a cargo del Estado, al entorpecer la celebración y ejecución de los contratos que se requieren para ello, mediante la presentación de demandas temerarias cuyo único resultado sea precisamente el de afectar el buen desarrollo de la actividad contractual; para minimizar el riesgo de que ello suceda, el legislador decidió establecer un término apremiantemente corto -30 días- dentro del cual tales actos administrativos pueden ser demandados individualmente, bien sea en ejercicio de la acción de nulidad -que como es bien sabido corresponde a una acción pública que puede ser ejercida por cualquier persona en la sola defensa del ordenamiento jurídico, razón por la cual constituye una excepción este término para atacar los actos precontractuales, dado que en general el ejercicio de esta acción no se encuentra sometido a límite temporal alguno-, o bien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya finalidad principal es la de obtener la nulidad del acto y la consiguiente reparación de los daños sufridos con ocasión del acto administrativo que se demanda, acción frente a la cual, se produjo una disminución del término de caducidad común o general de 4 meses, regulado en el artículo 136 del CCA.

No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que en tales eventos también están en juego los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato, los cuales merecen igualmente la protección por parte del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizar a sus titulares la posibilidad de reclamar judicialmente por la vulneración y desconocimiento que de tales derechos se pueda presentar con ocasión de las decisiones que la Administración adopta en esa etapa precontractual y, por lo tanto, protege su derecho a obtener la reparación de los daños que de tal situación se puedan desprender para el afectado.

Se trata pues, de garantizar la protección del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia⁴⁰ mediante la interpretación armónica de las normas legales que lo regulan, como son las concernientes a los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas.

Y en este punto, la Sala advierte cómo, una interpretación exegética de la norma contenida en el artículo 87 del CCA, puede conducir, en un momento dado, a la privación del derecho de acceso a la Administración de Justicia, puesto que al disponer que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en treinta días a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual o una vez celebrado el contrato –lo cual puede suceder antes de transcurrido aquel lapso-, se estaría dejando en manos de la Administración el poder de truncar aquel derecho, mediante el simple expediente de celebrar cuanto antes el contrato, pues inclusive puede suceder que éste sea suscrito el mismo día de la adjudicación, con lo cual, virtualmente se habría privado a los proponentes inconformes con dicha decisión, de la posibilidad de cuestionar judicialmente su validez.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los

⁴⁰ [8] “Constitución Política, Art. 229.- “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; para el exacto cumplimiento de este mandato constitucional, resulta indispensable otorgar a las víctimas de tales daños la posibilidad real de reclamar judicialmente su reparación a través de los mecanismos procesales apropiados, es decir, mediante el ejercicio de las distintas acciones dispuestas para acceder a la jurisdicción, dependiendo del origen del daño –acto administrativo, contrato estatal, hechos, omisiones u operaciones administrativas- acciones respecto de las cuales, no obstante, puede el legislador disponer la forma y el plazo para ejercerlas, así como podrá consagrar los términos de caducidad que considere apropiados.

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o a partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante⁴¹.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, expediente 16540, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

Posteriormente, esta Subsección, después de hacer un recuento acerca de la línea jurisprudencial trazada en relación con las acciones que pueden imponerse en contra de los actos previos a la celebración del contrato, se ocupó del contenido y alcance de las acciones procedentes para demandar la nulidad del acto de adjudicación y, en desarrollo de ese estudio, distinguió tres hipótesis espacio temporales, en los siguientes términos:

2.2. Hipótesis espacio temporales de la acción procedente contra los actos previos.

(...) Así pues, con el propósito de precisar el sentido lógico y razonable con el cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha reconocido la plenitud de los efectos que se derivan del texto consagrado en el comentado inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. –norma aplicable exclusivamente a los procesos judiciales iniciados con posterioridad al 8 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley 446 de julio 7 de 1998 y anteriores al 2 de julio de 2012, puesto que la presentación de demandas con posterioridad a la última fecha señalada se han de regir por las nuevas disposiciones consagradas en el artículo 164-2-c) de la Ley 1437–, la Sala estima importante puntualizar las diversas hipótesis que se contemplan y regulan dentro de la norma legal en examen, en orden a clarificar la aplicación de los diversos términos de caducidad que en ella se consagran y aclarar así los efectos que se derivan de dicha disposición.

- La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

- Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la

acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁴².

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de ‘... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato’.

- La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos⁴³, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo

⁴² [19] “Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto - puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de un disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma”.

⁴³ [20] “De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia”.

que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

"Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente"⁴⁴⁴⁵.

La Sala, con base en las pruebas que obran en el proceso, procederá a determinar en cuál de las hipótesis enunciadas en la jurisprudencia que viene de citarse se ubica el presente asunto y, en consecuencia, a establecer si la acción ejercitada en este caso fue la correcta y, además, si se impetró de manera oportuna para reclamar tanto la nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la nulidad del contrato y la consecuente reparación de perjuicios.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁴⁶, vigente para la época en que se adelantó la licitación pública No. 001 de 2000

⁴⁴ [21] "Esta conclusión se apoya también con un argumento a contrario sensu, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y en sentido contrario una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente".

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de noviembre 13 de 2013, expediente 25646, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁶ El texto vigente para la fecha en que se adoptó la decisión de adjudicación del contrato de concesión de apuestas permanentes, es decir, 29 de noviembre de 2000, era el siguiente: "11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada

y aplicable al presente caso⁴⁷, la adjudicación del contrato debía realizarse mediante resolución motivada, la cual debía notificarse personalmente al proponente favorecido en los términos establecidos para los actos administrativos y, en caso de no haberse realizado en audiencia pública, se debía comunicar a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. Y de acuerdo con lo dispuesto por inciso 2º del artículo 87 del C.C.A –modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, los actos precontractuales, como el de adjudicación, serán impugnables a través de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso⁴⁸, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

En el presente caso, la determinación de adjudicar el contrato a la sociedad Unión Temporal Empresarios del Caribe, se adoptó a través de la Resolución n.º 00498 del 29 de noviembre de 2000 (f. 22 a 30, c. 1). El acto administrativo le fue notificado personalmente a la adjudicataria, a través de su representante legal, el mismo día de su expedición, 29 de noviembre de 2000, por el gerente

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”.

⁴⁷ Sin perjuicio de la normatividad que particularmente se aplica al contrato de concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes, esto es, la Ley 1a. de 1.982 y los Decretos Reglamentarios 386 de 1983 y 033 de 1984 fundamentalmente, la entidad pública concedente, para la selección de los concesionarios, debe acudir a los principios, al régimen de inhabilidades, al procedimiento de selección y a la formación de los contratos establecidos por el estatuto general de contratación administrativa, porque el contrato de concesión es uno solo para el derecho público. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10217, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁸ Al respecto, la jurisprudencia de la Sección precisó que la impugnación del acto de adjudicación de un contrato, en tanto apunta a obtener el restablecimiento de un derecho conculado con esa decisión administrativa, sólo es posible mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no es procedente en su contra la acción de simple nulidad, ya que “*es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

general de la entidad (f. 17, vto., c. 4). Pero la Sala no halló constancia de la comunicación del mismo a la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, ahora demandante.

No obstante lo anterior, se advierte que, junto con la demanda, la parte actora aportó copia del acto de adjudicación –Resolución n.^o 498 de 29 de noviembre de 2000– con sello de autenticación de la Notaría Tercera del círculo de Barranquilla, en donde aparece como fecha de la diligencia el 1^o de diciembre de 2000, lo que permite inferir que para ese momento ya conocía el contenido de la resolución enunciada y que por lo mismo, ello ocurrió dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la expedición.

Teniendo claro que el acto de adjudicación fue conocido por el proponente vencido el 1^o de diciembre de 2000, en concordancia con lo previsto en el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la contabilización del término de caducidad de la acción –30 días, que se entienden hábiles⁴⁹– deberá iniciarse desde el día hábil siguiente a la comunicación del acto de adjudicación, es decir, desde el 4 de diciembre del año 2000⁵⁰, por lo cual, en principio, la parte demandante tendría hasta el 18 de enero de 2001 para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho; a pesar de ello, debe resaltarse que entre el 20 de diciembre de 2000 y el 10 de enero de 2001, se produjo la vacancia judicial, término durante el cual se debe suspender el conteo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 del C. de P.C., razón por la cual la parte tenía hasta el 6 de febrero

⁴⁹ El artículo 62 de la Ley 4^a de 1913, C.R.P.M., dispone que “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”. El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, establece que “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho”.

⁵⁰ Día hábil siguiente al de la notificación.

de 2001 para presentar la demanda y como fue radicada el 19 de enero de esa misma anualidad, se debe concluir que se hizo dentro del término legal.

Consta que el contrato adjudicado por LOTANCO a la Unión Temporal Empresarios del Caribe mediante la Resolución 498 de 29 de noviembre de 2000, fue suscrito el 1º de diciembre de 2000, es decir con anterioridad al vencimiento del término de los 30 días para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del referido acto administrativo de adjudicación –lo que sucedió el 6 de febrero de 2001- y que la demanda fue presentada el 19 de enero de 2001 (f. 1 a 9, c. 4).

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 87 del C.C.A, se concluye que la acción procedente en el presente caso para controvertir la legalidad del acto administrativo de adjudicación de la licitación pública, era la contractual, pues para el momento en que la parte actora presentó la demanda –19 de enero de 2001- ya conocía la existencia del contrato adjudicado, dado que copia del mismo, fue aportada al momento de su presentación.

Tal como se dejó consignado, el contrato fue celebrado antes de que expirara el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, por lo que la ley le otorga la oportunidad al interesado de cuestionar judicialmente la legalidad del acto precontractual mediante el ejercicio de la acción de controversias contractuales, en la que deberá pedir la declaratoria de nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad del acto –en este caso- de adjudicación, cuya nulidad también deberá solicitar, tal como lo hizo la parte actora en este proceso; si bien el 19 de enero de 2001 fue radicada una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la demandante, mediante documento presentado el 28 de agosto de 2002, antes de que se cumplieran los dos años para ejercer la acción contractual -4 de diciembre de 2002-, corrigió y adicionó la demanda para dejar

claro que la acción que ejercía era la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que la parte demandante al hacer uso de la acción contractual actuó de manera correcta y, además, dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, para pedir la nulidad del acto de adjudicación y del contrato, así como para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la supuesta indebida adjudicación.

2.2. El análisis de la nulidad de la Resolución No. 498 de 2000 mediante la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Empresarios del Caribe.

El segundo motivo de inconformidad de la empresa demandada, gira en torno a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación contenido en la Resolución n.º 498 de 2000, declaratoria que el Tribunal sustentó en el hecho del incumplimiento, por parte de la unión temporal Empresarios del Caribe, favorecida con la adjudicación de la licitación pública No. 001 de 2000, de la exigencia contenida en los numerales 8.1.4., 8.1.5., 8.4.3. y 17 del pliego de condiciones, consistente en el deber de aportar el poder o la autorización cuando la oferta no fuere radicada directamente por el oferente, situación que se consolidó con una de las integrantes de la referida unión temporal.

Insistió la apelante en que dicho motivo de inconformidad fue suficientemente abordado y decidido en los considerandos de la resolución de adjudicación, documento en el que se dejó claro que entre la señora Enilse López y el señor Jorge Chaljub existía un contrato de preposición, el que, según su criterio, habilitaba a este último para comprometer a su mandante. Aseguró que no era necesario que cada uno de los integrantes de la Unión Temporal Empresarios del Caribe realizara la presentación personal de la propuesta, en atención a

que la unión temporal se encontraba constituida y por ello, era suficiente que el representante legal presentara los documentos de la misma.

Al respecto, la Sala observa que tal y como se verificó en los hechos probados, el pliego de condiciones (numeral 8.1.) fijó una serie de requisitos generales que debían ser cumplidos por cada uno de los proponentes. En efecto, en el numeral 8.1.4. dispuso que todos debían “*cumplir con las condiciones estipuladas en este documento*”; luego, en el numeral 8.1.5., dejó consignado que las propuestas debían ser presentadas “*directamente o por intermedio de mandatario o persona legalmente autorizada para el efecto de acuerdo con la ley Colombiana*”.

Más adelante, en el numeral 8.4., dispuso que si el oferente era un consorcio o una unión temporal, además de los requisitos generales fijados, debía cumplir con unos requisitos específicos, así:

8.4.1. *Indicar si su participación es a título de consorcio o de unión temporal y suministrar los documentos de la constitución del consorcio o unión temporal.*

...

8.4.3. *Cada una de las personas o firmas que integran el consorcio o Unión Temporal debe cumplir los requisitos legales y acompañar los documentos requeridos en el presente pliego como si fueran a participar en forma independiente (...).*

Por su parte, el numeral 8.3. consignó que si era persona natural⁵¹, debía cumplir con los siguientes requisitos:

8.3.1. *Estar matriculado a la fecha de apertura, en el registro mercantil.*

8.3.2. *Tener inscritos en el registro mercantil los establecimientos de comercio de los que es propietario o poseedor.*

8.3.3. *Dos referencias comerciales y dos bancarias.*

8.3.4. *Certificado de la Gobernación del Atlántico, dependencia correspondiente, de no haber sido condenado por defraudación a las rentas del Departamento del Atlántico.*

⁵¹ Como es el caso que ocupa la atención de la Sala, pues el tema se refiere específicamente a la señora Enilse López.

Además, el numeral 15 ordenaba que cuando la propuesta fuera presentada por interpuesta persona, debía presentar una carta en la que se indicara que se encontraba facultada para tal fin.

Igualmente, se dispuso que la licitación tendría dos etapas: la primera denominada clasificatoria, en la que se evaluaría el cumplimiento de los requisitos para participar y, aquellas propuestas que cumplieran con las exigencias mínimas establecidas en el pliego serían admitidas por el Comité evaluador; en la segunda etapa, se relacionarían en orden descendente las propuestas económicas correspondientes a los proponentes admitidos.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene entonces que resultaba necesario para todos y cada uno de los integrantes de la unión temporal, si no se presentaban directamente a la licitación, otorgar el poder o el documento con el cual facultaban a un tercero para su representación.

En relación con la representación (del latín *representatio*⁵²), la misma se puede definir como la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otra. De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebra con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes.

La representación puede ser legal, voluntaria o judicial, en el presente caso cobra especial importancia la representación voluntaria o convencional que es aquella que surge de la autonomía privada de las partes, esto es, de un negocio jurídico celebrado entre el representado y el representante, en el que el primero autoriza al segundo para actuar en su nombre y representación,

facultándolo para el ejercicio de los derechos de uso, goce o disposición en su caso, sobre los bienes (corporales o incorporales), o derechos sobre cuyo ejercicio versa el acto de la representación (como en la modalidad de mandato con representación, prevista en el artículo 1262 del C. de Co.); en este caso, los actos jurídicos pueden ser realizados por medio de representante, salvo que la ley disponga lo contrario, como ocurre para las personas naturales en materia testamentaria o en el ejercicio de derechos políticos⁵³.

Los artículos 832 y ss. del Código de Comercio, definen la representación voluntaria como la que confiere una persona mediante acto de apoderamiento, en el que faculta a otra, para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos, que propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro de los límites de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste y además advierte que esta regla no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar.

Ahora bien, de lo consignado con antelación, es claro que el pliego de condiciones dispuso que si el proponente era una unión temporal, cada uno de sus integrantes debía cumplir los requisitos legales y acompañar los demás documentos requeridos en el pliego de condiciones, como si fueran a participar en forma independiente. En consecuencia, en el caso en que no actuaran directamente sino a través de un representante, debían aportar el respectivo poder que habilitaba a este último para actuar en su nombre.

Así las cosas, resulta comprensible que para que el señor Jorge Chaljub comprometiera la responsabilidad de la señora Enilse López como miembro de

⁵² Según las definiciones que de la palabra trae el Diccionario de la Lengua Española, representación es la acción y efecto de representar, hacer presente algo con figuras o palabras, referir, **sustituir a alguien**, ejecutar una obra en público.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

la unión temporal Empresarios del Caribe, debía anexar el poder anunciado en el documento denominado “*compromiso de unión temporal*”, de lo contrario se debe concluir, como lo hizo el Tribunal, que el señor Chaljub no se encontraba legitimado para representar a la señora López en la constitución del compromiso de unión temporal; y como dicho acto fue ejercido sin facultad para representarla, no produce efectos para ésta, situación que repercute directamente en la constitución de la unión temporal proponente.

Al respecto, se observa que el numeral 8º del pliego de condiciones autorizaba la participación en el proceso licitatorio de personas naturales, personas jurídicas, consorcios y uniones temporales (f. 45, c. 2), por lo que los interesados, dependiendo de la condición en la que presentaran sus ofertas, debían cumplir con los requisitos exigidos para cada clase de proponente.

La anterior disposición del pliego de condiciones encuentra su fundamento legal en el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, norma que autoriza la celebración de contratos con las entidades estatales no sólo a las personas consideradas legalmente capaces, sino también a los consorcios y uniones temporales, figuras de colaboración empresarial que están definidas en el artículo 7º *ibidem*, el cual dispone que la unión temporal se da “*cumdo dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal*

. En el párrafo de la referida norma se agrega además, que en el caso de las uniones temporales, en la propuesta deberán señalarse “*los términos y la extensión de la participación en la propuesta y su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad contratante*”.

Se trata pues de una figura de colaboración para contratar, en la cual se da la unión entre varias personas, que aúnan sus esfuerzos financieros y tecnológicos, aportando sus bienes, conocimientos, destrezas, infraestructura, experiencia, etc., en la medida de las capacidades de cada una, para entre todas presentar una oferta en un proceso de contratación estatal orientado a la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, etc., *“brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto”*⁵⁴, sin que por ello se dé lugar a la creación de una persona jurídica independiente de sus miembros, como sucede con las sociedades, pues aquellos conservan su propia individualidad jurídica.

Desde este punto de vista, la unión temporal se asimila a los consorcios. Sin embargo, se distingue de éstos en que cuando se trata de unión temporal, hay una repartición de tareas y responsabilidades entre los miembros, que se traduce así mismo en que, en caso de incumplimiento de la propuesta o de incumplimiento contractual, tal y como lo establece la norma, las sanciones se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal. La diferencia específica, es entonces, *“la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate”*⁵⁵.

Siendo ello así, resulta evidente que la unión temporal adquiere su valor y representatividad dentro del proceso de selección a partir del aporte de todos y

⁵⁴ Exposición de Motivos al proyecto de ley sobre contratación administrativa, Gaceta del Congreso n.º 75 del 23 de septiembre de 1992, p. 20.

cada uno de sus miembros y por ello, resulta indispensable la constitución del compromiso que asegure su participación y permanencia a lo largo de todo el procedimiento de selección y posteriormente, de celebración y ejecución del contrato.

Ello se evidencia claramente en el *sub-lite*, pues la entidad licitante en su pliego de condiciones, expresamente consagró disposiciones dentro del capítulo de evaluación y calificación de las ofertas, en las que permitió que el cumplimiento de los requisitos de índole técnica y financiera fuera acreditado mediante la sumatoria de los requisitos de cada uno de los miembros de la respectiva unión temporal, de tal manera que la atribución del puntaje en los referidos factores de calificación, dependía de las condiciones acreditadas por cada uno de los miembros de la misma.

Lo anterior es demostrativo de la importancia de la conformación y preservación de la unión temporal en los términos contenidos en la propuesta que se presenta dentro de la licitación pública, de tal manera que estén presentes los miembros que se dijo que la conformaban. La Sala observa que en el caso de la unión temporal Empresarios del Caribe, el documento contentivo del “*compromiso de unión temporal*” se halla incompleto, pues pasa de la cláusula cuarta a la sexta, faltando entre otras cosas, todo lo concerniente a las obligaciones y responsabilidades de la unión temporal y de sus integrantes, circunstancia que por sí sola, compromete la validez de la propuesta. Se advierte además, que en dicho documento se mencionó como uno de sus miembros a la señora Enilse López Romero, que, sin embargo no lo suscribió, sin que se haya probado que quien obró en su nombre realmente tenía su representación, pues no se aportó el respectivo poder (f. 48 y 49, c. 2).

En las anteriores condiciones, la Sala considera que, tal y como lo concluyó el *a-quo*, la propuesta presentada por Empresarios del Caribe debió ser

⁵⁵ *Ibídem*

descalificada en la primera etapa denominada clasificatoria, en el entendido de que no se cumplieron todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que estaban a cargo tanto de la unión temporal, como de cada uno de sus miembros individualmente considerados.

Ahora bien, insiste la apelante que entre los particulares Enlse López y Jorge Chaljub existía un contrato de preposición⁵⁶, lo que resultaba suficiente para demostrar la representación que se echa de menos.

En relación con este tema, la Sala comparte la posición asumida por el Tribunal, en el entendido de que para que este tipo de mandato sea oponible a terceros, debe hallarse inscrito en el registro mercantil, tal y como lo dispone el artículo 1333 del Código de Comercio, que, a la letra, dice:

La preposición deberá inscribirse en el registro mercantil; no obstante, los terceros podrán acreditar su existencia por todos los medios de prueba. La revocación deberá también inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros.

Del mismo parecer es el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, cuando explica:

(...) reviste especial importancia el registro. La forma de establecer la órbita de acción del factor y sus facultades y limitaciones en el contrato; pero tales restricciones o limitaciones, solamente se podrán oponer a los terceros si se han llevado al registro mercantil⁵⁷.

Así las cosas, como no se encuentra probada en el plenario la existencia de dicho contrato -por lo que se desconocen los alcances del supuesto mandato-,

⁵⁶ El contrato de preposición se encuentra definido en el artículo 1332 del Código de Comercio en los siguientes términos: “*La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, al mandatario se le llamará factor*”.

⁵⁷ Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles. Contratos típicos*, tomo II, ed. Dike. Pg. 381.

ni que el mismo se hubiera inscrito en el registro mercantil⁵⁸, resulta inoponible a terceros, como lo dispone la norma antes transcrita. Lo anterior, por cuanto no obra en el expediente prueba alguna de que el poder o el registro del contrato de preposición hubieran sido aportados por los proponentes en el momento de la radicación de la propuesta o entregados a la ahora demandada antes de la suscripción del contrato AP-015-2000, por lo que resulta necesario concluir que, como la propuesta no contenía las exigencias mínimas pedidas en el pliego, debía ser inadmitida.

Por fuerza de las razones que se dejan vistas y en consideración al hecho de que el requisito que se echa de menos no resulta intrascendente, en tanto, como ya se dijo, repercute en la conformación misma de la unión temporal proponente, se habrá de confirmar la sentencia impugnada en lo que tiene que ver con la declaratoria de nulidad de la Resolución n.º 498 del 29 de noviembre de 2000 y del contrato de concesión n.º AP-015 del 1º de diciembre de 2000.

El restablecimiento del derecho.

La parte actora reiteró en el recurso de apelación su solicitud de reconocimiento de los perjuicios que le fueron causados por no haberle sido adjudicada la Licitación n.º 001 de 2000, restablecimiento al que tiene derecho, según su criterio, al haber sido declarada la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato, lo anterior en el entendido de que rechazada la

⁵⁸ Dentro de los documentos que se aportaron con la propuesta de la unión temporal Empresarios del Caribe, obra el certificado de matrícula de persona natural expedido el 27 de octubre de 2000 por la Cámara de Comercio de Barranquilla, con fundamento en las matrículas del registro mercantil, correspondiente a la señora Enilce del Rosario López Romero. En dicho certificado consta que su actividad comercial es la distribución y venta de apuestas permanentes y otros juegos de azar, que se encuentra registrada desde el 17 de febrero de 1994 y que es propietaria del establecimiento de comercio El Gato, sin que conste la inscripción de contrato alguno de preposición (f. 72, c. 2).

propuesta de quien resultó elegido como adjudicatario, la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, de la que hacían parte los demandantes, pasaba a ser el único proponente válido.

Al respecto, se observa que el proponente dentro de una licitación pública u otro procedimiento de selección de contratistas, que ha sido injusta e ilegalmente privado del derecho a la adjudicación del contrato, está facultado para demandar dicha decisión administrativa y obtener, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la misma, el restablecimiento del derecho conculado o desconocido.

En estos casos, como sucede siempre que se impugna un acto administrativo del que se alega que ocasionó un daño al demandante, sobre éste recae la doble carga de acreditar, de un lado, la ilegalidad del acto administrativo acusado, mediante el planteamiento de las normas violadas y el concepto de la violación; y de otro lado, la vulneración del derecho del que es titular y/o la existencia de los perjuicios que alega haber sufrido con ocasión de la expedición de la decisión administrativa.

Por otra parte, la jurisprudencia ha manifestado que en estos eventos en los que se cuestiona la legalidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato, por quien alega haber presentado la mejor oferta y a pesar de ello haber sido privado injusta e ilegalmente de dicha adjudicación, en caso de prosperar las pretensiones -porque se compruebe que las afirmaciones del demandante eran ciertas y que efectivamente debió ser favorecido con la adjudicación-, tendrá derecho a la indemnización de perjuicios que la decisión ilegal le ocasionó, que en estos casos, está representada por la utilidad que

pretendía obtener a partir de la adjudicación, celebración y ejecución del contrato de las cuales fue ilegalmente privado⁵⁹.

Quiere decir lo anterior, que no basta con acreditar dentro del proceso que la decisión con la que culminó el procedimiento de selección fue ilegal, porque recayó en quien no presentó la mejor oferta –o porque se declaró desierta la licitación sin existir fundamento para ello-, sino que además, debe probar el demandante que la suya cumplía con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que era la más favorable para la administración, de acuerdo con los factores de calificación y ponderación establecidos en dicho pliego. Sólo así surge su derecho a obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados, los cuales corresponden a la justa utilidad que pretendía obtener de la ejecución del contrato que no le fue adjudicado⁶⁰.

El caso concreto

El *a quo* negó las pretensiones indemnizatorias de la parte actora, por cuanto consideró que no se probó en el plenario que su oferta era la más conveniente para la entidad.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13792, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994, expediente 8071, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 17 de marzo de 1995, expediente 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 13 de mayo de 1996, expediente 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; sentencia del 26 de septiembre de 1996, expediente 9963, C.P., Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10217, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 4 de junio de 2008, expediente 14169, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; sentencia del 29 de enero de 2009, expediente 14941, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 17366, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 15862, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

En su recurso de apelación, la parte actora planteó como primer motivo de inconformidad la denegación por parte *a-quo* de la pretensión indemnizatoria, decisión que obedeció a que consideró que el numeral 21 del pliego de condiciones dispuso que “*sólo clasificarán los proponentes que obtengan un puntaje igual o superior al 70% del puntaje general establecido*” y la propuesta presentada por la demandante había obtenido 66.66 puntos de los 100 posibles, por lo que no satisfizo la condición prevista en el pliego de condiciones y ni siquiera como proponente único, había alcanzado el puntaje mínimo clasificatorio para merecer la adjudicación del contrato.

Además advirtió el juzgador de primera instancia, que a pesar de que con la nulidad del acto de adjudicación y del contrato de concesión se habría de entender que la sociedad demandante era el único proponente hábil, esa sola circunstancia no era habilitante para aplicarle el ítem III numeral 21 del pliego, que disponía que en la evaluación económica se le otorgaría el máximo puntaje de 35 puntos a la mejor propuesta económica, porque esa puntuación se encontraba contemplada para el evento de pluralidad de proponentes hábiles en la que uno de ellos demostrara, dentro de una legal competencia, tener mejor propuesta que los demás, supuesto fáctico que no se cumplió porque solo concurrió un proponente hábil.

La apelante consideró que, por el hecho de ser la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, el único licitante hábil que quedó después de haber declarado la nulidad del acto de adjudicación de la Licitación n.º 001 de 2000, se le debía aplicar el ítem III del numeral 21 del pliego, que disponía que la evaluación económica se calificaría “*dándole el máximo puntaje de 35 puntos a la mejor propuesta económica*”, pues de otro modo se estaría en contraposición de lo establecido al respecto en el estatuto de contratación pública, que permite la adjudicación así se presente un solo licitante en una convocatoria abierta y plural, siempre que cumpla con los requisitos exigidos y sea, en consecuencia, un licitante hábil.

De acuerdo con lo anterior -sostuvo la recurrente-, descalificado como proponente inhábil la Unión Temporal Empresarios del Caribe y en aplicación del ordinal III del numeral 21 del pliego de condiciones de la Licitación Pública n.^o 001 de 2000, en concordancia con los numerales 11 y 12 *ibidem* y habiendo llenado todos los requisitos de la licitación, la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia tenía derecho a que se le otorgara el puntaje máximo de 35 puntos como calificación en el factor económico, lo que significaría la obtención de un puntaje total del 73.666%, es decir por encima del mínimo exigido en el pliego de condiciones -70% del puntaje total máximo-, con lo cual se constituían en los únicos y reales ganadores de la licitación.

Al respecto, la Sala reitera que para la prosperidad de las pretensiones en casos como el presente, resulta necesario que el demandante, proponente vencido en un procedimiento de selección de contratistas, acredite no sólo la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación, sino así mismo, que su oferta cumplió todos los requisitos exigidos en el respectivo pliego de condiciones y que era la más conveniente para la entidad.

En el presente caso, al efectuar el estudio de la oferta presentada por la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia dentro de la Licitación 001 de 2000 abierta por la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico LOTANCO para la adjudicación del contrato de concesión de apuestas permanentes en el distrito de Barranquilla y el Departamento del Atlántico, se pudo constatar que la misma no cumplió con todos los requisitos exigidos en el respectivo pliego de condiciones, circunstancia que impide afirmar que su oferta ha debido ser favorecida con la adjudicación.

En efecto, se observa que de acuerdo con lo establecido en el numeral 8.4.3 del pliego de condiciones, cada una de las personas o firmas que integraran el consorcio o unión temporal proponente, debían cumplir los requisitos legales y

acompañar los documentos requeridos en el pliego, como si fueran a participar en forma independiente (f. 47, c. 1).

El numeral 8.1.8 del pliego establecía la obligación de estar a paz y salvo por todo concepto con LOTANCO, Hacienda Departamental y la DIAN, al momento del cierre de la licitación, requisito que debía ser cumplido por cada uno de los integrantes de la unión temporal (f. 46, c. 1). Dicho cierre, como ya se vio, se produjo el 10 de noviembre de 2000.

No obstante, con la oferta presentada por la unión temporal Empresarios Unidos, se acompañó el paz y salvo de su representante con el departamento del Atlántico, con fecha 31 de octubre de 2000, es decir que no cumplió con la fecha límite que debía tener dicha certificación. El mismo defecto se advierte en los paz y salvos presentados por la sociedad Le Apuesto S.A., pues el de la DIAN es del 1º de noviembre de 2000, el de LOTANCO es del 18 de octubre de 2000 y el de la Secretaría de Hacienda del departamento era del 23 de octubre del mismo año; y así mismo, en los paz y salvos presentados por la sociedad Inversiones Porzul Ltda., que fueron del 1º de noviembre el de la DIAN, del 25 de octubre el de Hacienda Departamental y del 18 de octubre de 2000, el de LOTANCO y en los paz y salvos de la señora Blanca Nubia Ochoa, que fueron del 9 de octubre de 2000 el de la DIAN, del 18 de octubre el de LOTANCO y del 23 de octubre de 2000, el de la Secretaría de Hacienda (f. 97 a 99, 135 a 136 y 174 a 176, c. 9).

Así mismo, en relación con la documentación presentada por Inversiones Porzul Ltda., se observa que el certificado de existencia y representación de la sociedad es del 27 de septiembre de 2000, cuando el pliego exigía que el mismo no podía tener una anterioridad superior a un mes desde la fecha de cierre de la licitación, es decir que teniendo en cuenta que éste se produjo el 10 de noviembre de 2000, el referido documento ha debido ser, máximo, del 10 de octubre de ese año (f. 47 y 116, c. 9).

Las agencias propuestas

Por otra parte, según lo establecido en el numeral 8.1.11 del pliego de condiciones (f. 46, c. 1), uno de los requisitos generales que debían cumplir los participantes en la licitación, en este caso, la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, era el de constituir agencias o puntos de ventas en la totalidad de los municipios del Departamento del Atlántico y en el distrito de Barranquilla, exigencia que la proponente no acreditó.

En efecto, se observa que en la propuesta, al dar cuenta de la *fuerza de ventas* (f. 186, c. 9), manifestó que los integrantes de la unión temporal poseían en ese momento 64 agencias y establecimientos de comercio en el departamento del Atlántico con dedicación exclusiva a la colocación de apuestas permanentes y 82 puntos fijos de venta, de los que anexó listado con las direcciones (f. 202 a 205, c. 9) y manifestó que proponía complementar la infraestructura gradualmente, durante el desarrollo del contrato, “*abriendo establecimientos o agencias en cada municipio del Departamento ... Igualmente extenderá una red de casillas y puntos de venta en todo el Departamento del Atlántico, que permitan un cubrimiento total del mismo (...)*”.

En los listados que adjuntó, aparece una serie de locales, puestos y casillas con direcciones, aparentemente, de la ciudad de Barranquilla, y un listado total de vendedores, identificados por el número de cédula y ubicados en distintas ciudades del país, entre ellas, varios municipios del departamento del Atlántico, pero no relacionó los locales, puestos y casillas que ofrecía en los demás municipios del departamento del Atlántico, como se exigió en el pliego de condiciones.

Allegó con su oferta un contrato de cesión de Camilo Alberto Páez Ospina a favor de la señora Blanca Nubia Ochoa Molano –miembro de la unión temporal

Empresarios Unidos de Colombia-, de unos establecimientos de comercio en la misma ciudad de Barranquilla (f. 216) y otro contrato, mediante el cual la señora Zoila Inés Garzón Serrano, “*en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio denominado APUESTAS LA PATICA*”, le cedió a la señora Blanca Nubia Ochoa Molano, a título de subarriendo, “*todos los puestos fijos y establecimientos de comercio para la venta de Apuestas Permanentes y de los cuales es la arrendataria, con todos sus muebles y enseres, slogan comercial y razón social, localizados en los distintos Municipios del Departamento del Atlántico y cuyo listado de direcciones se anexa al presente contrato para que haga parte de éste*” (f. 217, c. 9).

No obstante, además de que el contrato aparece incompleto y no obran las firmas de las partes, no se adjuntó el referido listado, como tampoco la prueba de la calidad con la que dijo obrar la cedente en el referido negocio jurídico, ni la existencia de los puestos fijos y establecimientos de comercio a los que el mismo aludió y tampoco se allegó el registro mercantil correspondiente a los referidos establecimientos de comercio, lo cual también se constata en el acta de entrega de documentos, que se efectuó en la diligencia de cierre de la licitación y apertura de las ofertas, en la que no aparecen indicados (f. 78 y 79, c. 1).

Aparte de lo anterior, se advierte que, según lo dispuesto en el artículo 533 del Código de Comercio, los establecimientos de comercio pueden ser objeto del contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualquier otra operación que transfiera, limite o modifique su propiedad o el derecho a administrarlos, siempre que se cumplan los requisitos de los artículos 523⁶¹ y 526 de la misma codificación, norma esta última conforme a la cual “*La enajenación se hará*

⁶¹ “Art. 523.- *El arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato. // El arrendatario podrá subarrendar hasta la mitad de los inmuebles, con la misma limitación. // La cesión del contrato será válida cuando la autorice el arrendador o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio.*”

constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, para que produzca efectos entre las partes”, requisitos que en el presente caso, no se cumplieron para la supuesta cesión de los establecimientos de comercio por parte del señor Camilo Alberto Páez Ospina y el contrato de subarriendo por parte de la señora Zoila Inés Garzón Serrano.

La omisión que se deja registrada, fue así mismo advertida por la misma entidad licitante, que sin embargo, decidió, a última hora, y cuando ya estaba en la etapa de evaluación y calificación de las ofertas y sólo procedía la decisión sobre la adjudicación, modificar los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

En efecto, se observa que la evaluación jurídica de la oferta presentada por la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia consistió simplemente en la enumeración de los documentos aportados con la oferta, sin que se haya efectuado un verdadero estudio jurídico sobre su contenido y el cumplimiento de los requisitos legales y los exigidos en el pliego de condiciones (f. 6 a 10, c. 3).

Por su parte, en el acto de adjudicación, Resolución n.º 498 del 29 de noviembre de 2000, en el que se da cuenta de la respuesta a las observaciones que efectuaron los proponentes a la evaluación de las ofertas, se consignó (f. 22, c. 1):

Que por haber sido objeto de anterior análisis, la entidad se releva de dar respuesta a varias observaciones presentadas por la Unión Temporal Empresarios del Caribe. Sin embargo en cuanto a las objeciones formuladas contra el otro oferente tenemos que a pesar de que éste no aportó el registro mercantil de todas sus agencias, la ausencia de dicho requisito no impide la ponderación de dicho concepto.

Es decir que LOTANCO resolvió, en este momento del procedimiento de selección, abstenerse de aplicar uno de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones como necesario para la evaluación de las ofertas, pues tal y como se desprende del contenido de la referida resolución, decidió no estudiar algunas objeciones contra la propuesta de la demandante y valorarla, a pesar de que hizo constar que no había aportado los registros mercantiles de las agencias (establecimientos de comercio que presentaba la Unión Temporal para la venta del juego de apuestas permanentes).

Lo anterior, a pesar de que la exigencia del registro mercantil de las agencias, era un requisito jurídico del que no podían ser exonerados los proponentes, puesto que se relacionó en forma expresa, según se constata a partir del punto 8.3. del pliego de condiciones, a cuyo tenor:

8.1. Requisitos Generales:

(...)

8.2. Si es persona jurídica

8.2.2. Acreditar existencia y representación legal.

(...)

8.3. Si es persona natural

Además de los requisitos fijados en el 8.1. los siguientes

8.3.2. Tener inscritos en el registro mercantil los establecimientos de comercio de los que es propietario o poseedor (f. 45 y 46, c. 1).

En relación con las personas jurídicas, en los certificados de existencia y representación expedidos por la Cámara de Comercio respectiva a las sociedades partícipes de la unión temporal, si bien se cumplió con acreditar la representación legal, no se acreditaron las agencias, que solo se relacionaron en un listado sin firma (f. 149 a 152, certificado de la sociedad Le Apuesto S.A. y f. 114 a 116, certificado de Inversiones Porzul Ltda.).

Ahora bien, en el pliego de condiciones, el factor de evaluación jurídica tenía un puntaje inicial de 5 puntos, que luego fue suprimido por adenda, pero permaneció como factor habilitante, de acuerdo con la parte final de los factores de selección, que dispuso (f. 54, c. 1):

20.1. (...) Requisitos jurídicos: Son aquellos que deben cumplir los oferentes y la oferta misma que se ha venido mencionando en el pliego de condiciones y son los exigidos por la ley. El incumplimiento de cualquiera de ellos, descalifica al proponente y genera rechazo de la oferta sin necesidad de entrar a evaluar los demás criterios.

21. FACTORES DE SELECCIÓN (...) I- **EVALUACIÓN JURÍDICA:** (...) Quien incumpla en la presentación de los mismos será descalificado y NO se entrará a evaluar Los demás aspectos.

La prueba de la existencia y titularidad de los establecimientos de comercio, de acuerdo con lo dispuesto por la normatividad legal, es el certificado expedido por la Cámara de Comercio, pues tal y como lo establece el artículo 28 del Código de Comercio, deben inscribirse en el registro mercantil, entre otras cosas, la apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su modificación. Al respecto, en un caso similar al presente, la jurisprudencia manifestó:

(...) la inscripción de las agencias en la Cámara de Comercio, atendiendo a su condición de establecimientos de comercio⁶², se imponía desde la exigencia original del pliego, aun sin la modificación en estudio, toda vez que así lo establecía el ordenamiento legal, que se integra a las reglas del proceso de selección, así:

(i) La actividad de explotación del juego de apuestas permanentes, chance, implica el desarrollo de una actividad comercial, siendo que supone la adquisición de bienes a título oneroso, talonarios con determinado número de formularios, para ser enajenados de igual forma⁶³.

(ii) En ese orden, quienes pretendan desarrollar esa actividad, de acuerdo con la normatividad comercial, serán comerciantes⁶⁴. Éstos a su vez podrán realizar su

⁶² [36] “El artículo 7 del Decreto 33 de 1984, vigente para la época de los hechos que se analizan, disponía: “Para efectos de este decreto, entiéndese por agencia el establecimiento comercial, debidamente autorizado que, dependiendo de un concesionario legalmente constituido, participe en la distribución y venta de formularios del juego de Apuestas Permanentess”.

⁶³ [37] Así lo dispone el numeral 1 del artículo 20 del Código de Comercio cuando dispone que es mercantil, para todos los efectos legales, entre otras, la siguiente actividad: “1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos”.

⁶⁴ [38] Así lo impone el artículo 10 de la misma codificación al prescribir: “COMERCIANTES-CONCEPTO-CALIDAD. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. // La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”.

empresa⁶⁵ a través de uno o más establecimientos de comercio⁶⁶. Vale advertir que todas las operaciones que se realicen sobre estos últimos son comerciales⁶⁷.

iii) En ese orden, el artículo 19 del Código de Comercio prescribe:

OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES. Es obligación de todo comerciante (...):

2) *Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;*

(iv) *De lo anterior se desprende la obligación de registrar, entre otros, todos los actos que exija la ley. Así las cosas, el artículo 28 de la misma codificación dispone:*

PERSONAS, ACTOS Y DOCUMENTOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO MERCANTIL. Deberán inscribirse en el registro mercantil (...):

6) *La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración;*

(v) *Además, precisa advertir que la enajenación, arrendamiento, usufructo y anticresis de los establecimientos de comercio están sometidas a otras formalidades como son las limitaciones de los artículos 526⁶⁸ y 533⁶⁹ del Código de Comercio.*

⁶⁵ [39] El artículo 25 ejusdem define: “EMPRESA - CONCEPTO. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

⁶⁶ [40] El artículo 515 ejusdem establece: “DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

⁶⁷ [41] Así lo dispuso el artículo ARTICULO 20 ejusdem así: “ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES-CONCEPTO. Son mercantiles para todos los efectos legales: (...) 4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos”.

⁶⁸ [42] “REQUISITOS PARA LA ENAJENACIÓN. La enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente para que produzca efectos entre las partes”.

⁶⁹ [43] “ARRENDAMIENTO, USUFRUCTO Y ANTICRESIS DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de contrato de arrendamiento usufructo anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten

De lo expuesto se tiene que los comerciantes realizan su empresa a través de sus establecimientos de comercio y que toda negociación frente a ellos, además de cumplir con las exigencias de los artículos 526 y 533 del Código de Comercio, debe inscribirse ante la Cámara de Comercio, so pena de las sanciones que la codificación contempla^{70,71}.

Advierte la Sala, además, que este requisito consistente en acreditar el número de agencias dispuestas en el departamento del Atlántico, era indispensable para la comparación objetiva de las ofertas, toda vez que tal y como quedó visto al relacionar los hechos probados, en el factor técnico se tendrían en cuenta y serían objeto de puntaje la experiencia y el número de agencias propuesto.

Y en el informe de evaluación, respecto de la oferta de Empresarios Unidos de Colombia, se anotó que según el certificado de matrícula mercantil de la señora Blanca Nubia Ochoa Molano, ésta era propietaria de 47 agencias⁷² y que en los folios 202 y 203 “*aparece un listado que registra el total de agencias de 62 sin aclarar ni certificarlas con el respectivo registro*”, a pesar de lo cual, el comité evaluador resolvió que “*teniendo en cuenta la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Nacional, se procede a*

o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo 526”.

⁷⁰ [44] “ARTÍCULO 37. SANCIÓN POR EJERCICIO DEL COMERCIO SIN REGISTRO MERCANTIL. La persona que ejerza profesionalmente el comercio sin estar inscrita en el registro mercantil incurrirá en multa hasta de diez mil pesos, que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las demás sanciones legales. La misma sanción se aplicará cuando se omita la inscripción o matrícula de un establecimiento de comercio”.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente 23482, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁷² La demandante allegó su propia propuesta al expediente y allí sólo obra la prueba de algunas de las agencias, las contenidas en el certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla, expedido a nombre de Blanca Nubia Ochoa, que –además de que está incompleto- incluyó algunas pocas agencias (25) en Barranquilla y en

contabilizarlo en la sumatoria respectiva". De igual manera, contabilizó otras 10 agencias, con base en el contrato de cesión suscrito entre el señor Camilo Páez Ospina y la señora Ochoa Molano, que presenta las deficiencias que ya se dejaron registradas (f. 5, c. 3).

Teniendo en cuenta lo expuesto, es claro para la Sala que en virtud del puntaje que se consignó en el pliego de condiciones para calificar el aspecto técnico de las ofertas, en el cual se otorgaban 5 puntos a quien acreditara tener de 100 a 150 agencias, la presentada por la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia no sería acreedora al referido puntaje y por lo tanto, ni siquiera otorgándole los 35 puntos a los que alegó tener derecho en la calificación de la propuesta económica –que según explicó, la dejaría con un puntaje total de 73.666 y no 66.666 como fue calificada-, alcanzaría al 70% del total de la puntuación que se requería para que su oferta fuera tenida en cuenta.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que la propuesta presentada por la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia no cumplió cabalmente con lo exigido en el pliego de condiciones, tampoco demostró los requisitos jurídicos para ser evaluada, de manera que su oferta no fue la mejor y la más conveniente y en consecuencia, no tenía derecho a la adjudicación de la concesión, razón por la cual no están llamadas a prosperar las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

5.2. Condena en costas.

Soledad, aunque no consta el registro de la cesión de los contratos a su favor, también requerido por ley.

El segundo motivo de impugnación de la parte demandante, se refiere a la condena en costas, que según el criterio de la impugnante, debe ser impuesta porque la parte demandada fue parcialmente vencida al haber sido declarada la nulidad del acto de adjudicación del contrato y porque ejerció una excelente labor procesal.

En primer lugar, resulta procedente dejar claro que el presente asunto se rige hasta su terminación por el Decreto 01 de 1984, así lo dispuso el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, al afirmar que *“Los procedimientos y las actuaciones administrativos, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen anterior”*.

El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dispuso que: *“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”*.

Significa lo anterior que no basta que la parte sea vencida, sino que se requiere valorar la conducta asumida por ella en el proceso y como en el presente asunto no se vislumbra temeridad, ni mala fe de la parte demandante ni de las demandadas, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en la norma antes citada.

5.3. Responsabilidad de los funcionarios.

Advierte la impugnante que el Tribunal no se pronunció sobre la “*responsabilidad conexa que corresponda a los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso licitatorio, en la evaluación de las propuestas, en su adjudicación y asesoramiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 del Código Contencioso Administrativo, 50 y ss de la Ley 80 de 1993 y 6 de la Constitución Nacional y/o demás normas que le sean aplicables*”.

La anterior solicitud la hace bajo el convencimiento de que existen suficientes elementos en los hechos de la demanda y en las pruebas que reposan en el expediente relativos a las irregulares actuaciones ejercidas por los indicados funcionarios públicos dentro del proceso licitatorio, que demuestran que las adendas hechas al pliego de condiciones durante las últimas horas antes del cierre de la licitación, fueron realizadas únicamente con la finalidad de favorecer a un licitante que posteriormente se convirtió en adjudicatario.

Al respecto, advierte la Sala que no le corresponde efectuar pronunciamiento alguno al respecto, en cuanto de un lado, la demanda se dirigió exclusivamente en contra de la entidad licitante, empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico –LOTANCO-, que era la legitimada por pasiva para responder frente a las pretensiones allí aducidas. Y de otro lado, era precisamente la entidad demandada, la llamada a reclamar la responsabilidad de sus funcionarios en caso de considerar que con su actuación le fue ocasionado un daño, como en pasada ocasión lo observó la jurisprudencia:

Precisa aclarar que aunque en la demanda se solicitó pronunciarse sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso de selección cuestionado, es preciso indicar que la legitimación para el efecto está en

cabeza de la entidad pública afectada⁷³, quien podrá formular reclamación en su contra, bien por llamamiento en garantía o acción de repetición; además, el a quo admitió la demanda sólo respecto del LOTANCO (fls. 136 y 137, c. ppal), sin reparo de la parte actora, de lo que se sigue que la litis no se entabló frente a ese extremo⁷⁴.

Por lo anterior, la reclamación de la apelante en este aspecto no tiene fundamento alguno y será desestimada.

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 1 de abril de 2009, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

⁷³ [15] “En su parte pertinente, el artículo 90 de la Constitución Política dispone: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente 23482, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

TERCERO: En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA