

**JUEGOS DE AZAR - Licitaciones públicas. Exigencia de número de agencias y puntos de venta / LICITACION PUBLICA - Exigencia de número de agencias y puntos de venta de juegos de azar / PLIEGO DE CONDICIONES - Factores de puntuación. Exigencia de número de agencias y puntos de venta**

Factores mínimos y de puntuación: (...) Agencias y puntos de venta. Los actores estimaron que con las modificaciones introducidas al pliego de condiciones en estos factores, a menos de tres días para el cierre de la licitación, se pasó de un simple ofrecimiento a la existencia misma de la infraestructura, lo cual favoreció a quien ya la tenía que no es otro que quien venía ejerciendo como concesionario, además de que se aumentó el puntaje de estas exigencias (...) [Por su parte] El pliego de condiciones, frente a estos factores, originalmente, estableció (...) Número de agencias ofrecidas 15 (...) Número de puntos de venta ofrecidos 15 (...) De lo expuesto se tiene que el número de agencias y puntos de venta, tenían una connotación de (i) requisito mínimo de participación, (...); (ii) también otorgaban puntos, así: (...) A juicio de los actores, la anterior exigencia resultaba desproporcionada, no sólo porque se formuló a tres días del cierre de las propuestas sino porque favoreció a la sociedad ganadora. (...) La Sala desestimaré este cargo, por cuanto, al contrario de lo sostenido en la demanda, la inscripción de las agencias en la Cámara de Comercio, atendiendo a su condición de establecimientos de comercio, 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 forma. (...) (ii) En ese orden, quienes pretendan desarrollar esa actividad, de acuerdo con la normatividad comercial, serán comerciantes. Éstos a su vez podrán realizar su empresa a través de uno o más establecimientos de comercio. Vale advertir que todas las operaciones que se realicen sobre estos últimos son comerciales. (...) (iii) En ese orden, el artículo 19 del Código de Comercio prescribe: [Las] OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES. (...) (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 526 y 533 del Código de Comercio. (...) 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.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 77 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 82 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

**PROCESO DE SELECCION - Régimen jurídico aplicable / PROCESO DE SELECCION - Licitación pública de juegos de azar**

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. 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, (...) a Ley 80 de 1993, que reguló la contratación de todas las entidades descentralizadas del orden territorial, como las empresas industriales y comerciales del Estado, en consideración a su calidad de entidades estatales (...) precisó que la selección de contratistas de esas entidades se realizaría a través de la contratación directa, siempre que sus actos y contratos tuvieran como objeto el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales, (...) la selección de los contratistas para la concesión de juegos de suerte y azar de apuestas permanentes o chance se efectuaría a través de la licitación pública. En consecuencia, esta será la normatividad aplicable al presente asunto.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 336 / LEY 10 DE 1990 / LEY 6430 DE 2001 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - ARTICULO 32, NUMERAL 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24

**PROCESO DE SELECCION - Error grave en el proceso de selección. Se desestima**

Se efectuó (i) una valoración de los perjuicios ocasionados por la no adjudicación del proceso de selección en estudio; (ii) análisis comparativo de las propuestas frente a los factores de escogencia y (iii) el estudio financiero de los proponentes (...) la parte demandada objetó por error grave el dictamen pericial, (i) en tanto se incorporaron conceptos que no constituían daño emergente; (ii) la valoración del lucro cesante fue desbordada y sin fundamento y (iii) para la comparación de las agencias, puntos de venta y factores económicos se crearon nuevas reglas (...) se desestimarán las apreciaciones jurídicas de los peritos dentro de su trabajo de comparación de las propuestas, en tanto son de competencia de la Sala. Siendo así, se entienden como parte de las inferencias que hicieron los expertos para lograr la finalidad de la prueba, mas no como un error grave, por cuanto no distorsionan la percepción del juzgador en relación con el fondo del asunto. (...) En consecuencia, la objeción por error grave se desestimaré.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 138, NUMERAL 1

**NOTA DE RELATORIA:** En cuanto al tema de objeción por error grave ver, sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 18014

**LICITACION PUBLICA - Asuntos precontractuales. Experiencia mínima, factores de puntuación, agencias y puntos de venta / ASUNTOS PRECONTRACTUALES - Irregularidades en el pliego de condiciones. Negar las pretensiones de la demanda**

El cumplimiento de otros contratos de explotación del juego de apuestas permanentes, además de ser parte del contenido de la propuesta, constituía una exigencia mínima de participación de los proponentes y a su vez factor de evaluación; en otras palabras, se trataba de un requisito mínimo y puntuable. (...) es preciso advertir que, en principio, son las partes quienes pueden certificar el cumplimiento contractual, salvo que tengan desacuerdos sobre el punto, evento en el cual será el juez del contrato quien los dirima. (...) para la Sala no está

desvirtuada la certificación que la sociedad adjudicataria aportó para acreditar el cumplimiento de los contratos exigidos en el pliego, en tanto las pruebas testimoniales analizadas carecen de los elementos de convicción que lleven a concluir que lo consignado en ese documento es contrario a lo que en ella se contiene. (...) las modificaciones introducidas al pliego de condiciones en estos factores, a menos de tres días para el cierre de la licitación, se pasó de un simple ofrecimiento a la existencia misma de la infraestructura, lo cual favoreció a quien ya la tenía que no es otro que quien venía ejerciendo como concesionario, además de que se aumentó el puntaje de estas exigencias. (...) la modificación se introdujo dentro del marco de la Ley, que para ese entonces no establecía un límite temporal distinto al cierre de la licitación pública (...) pero que en todo caso debía permitir que razonablemente los proponentes tuvieran la oportunidad de ajustar sus propuestas a las adendas, sin que en la demanda se alegara su desconocimiento y, además, fueron el resultado de lo discutido en la audiencia de precisión y alcance de los pliegos (...) permitió que las agencias ofrecidas pudieran ser las de los miembros de las uniones temporales y consorcios o socios de las personas jurídicas. En ese orden, los integrantes de cada proponente, independiente de la modalidad en que decidieran participar, determinaban el grado de satisfacción de la exigencia en estudio, (...) se vislumbra ilegalidad frente a la exigencia de dividir la calificación de los consorcios y uniones temporales, en tanto (...) permite que se agrupen dos o más personas para que en forma conjunta presenten una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, sin que por esa razón se pueda incorporar una limitación que desestime esa posibilidad de participación. (...) la aplicación como lo proponen los actores resulta desproporcionada. Efectivamente, los actores y los peritos hacen el mismo ejercicio (...) al aplicar la división de los puntajes a todos los participantes, lo cual no sólo comporta la creación de una exigencia, que de suyo resulta improcedente en este estadio, sino que desconoce la realidad de las propuestas. (...) siendo que su nulidad no fue pedida en la demanda; con todo, inaplicando esta exigencia, los puntajes darían como ganadora a la propuesta de la sociedad Acertar, incluso calificándola en "los otros factores" (...) se impone negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, se revocará la decisión del a quo, para en su lugar disponer negar las pretensiones de la demanda.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 217 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 20, NUMERAL 1 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 526 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 533 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30, NUMERAL 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7

**NOTA DE RELATORIA:** En cuanto a las modificaciones hechas en la licitación pública ver, el fallo de 3 de mayo de 2007, exp. 16029; y en relación a la división de la calificación de los consorcios y uniones temporales ver la sentencia de 26 de abril de 2006, exp. 15188

**COSTAS - No condena**

No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014).

**Radicación número: 08001-23-31-000-1996-01369-01(23482)**

**Actor: LOS INTEGRANTES DE LA UNION TEMPORAL OCHOA & VALENCIA ASOCIADOS**

**Demandado: EMPRESA DE LOTERIAS Y APUESTAS PERMANENTES DEL ATLANTICO - LOTANCO**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)**

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 17 de abril de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual declaró la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y se inhibió para pronunciarse de fondo (fls. 328 a 354, c. ppal 2).

**SÍNTESIS DEL CASO**

El 7 de febrero de 1996, la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico –LOTANCO-LOTANCO abrió la licitación pública 001, con el fin de otorgar la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes denominado “*Chance*” en la ciudad de Barranquilla y el departamento del Atlántico y el 21 de mayo siguiente, mediante resolución 160, a pesar de las modificaciones irregulares al pliego de condiciones y la evaluación incorrecta de las propuestas, adjudicó el proceso de selección a la sociedad Acertar Ltda.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. LA DEMANDA**

El 20 de septiembre de 1996 (fl. 27 rev., c. ppal)<sup>1</sup>, los señores Blanca Nubia Ochoa Molano e Ignacio Valencia Restrepo, como integrantes de la Unión Temporal Ochoa & Valencia Asociados, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso

---

<sup>1</sup> Precisa advertir que la demanda fue presentada el 13 de septiembre de 1996 en el Tribunal Administrativo de Antioquia; sin embargo, sólo hasta el 20 del mismo mes y año se recibió en la Dirección de Administración Judicial del Atlántico para reparto, siendo esta última fecha la que el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo considera para efectos de la presentación.

Administrativo<sup>2</sup>, presentaron demanda en contra de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, en adelante LOTANCO (fls. 2 a 17 a 28, c. ppal)<sup>3</sup>.

#### **1.1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 4 a 8, c. ppal):

1.1.1.1. El 7 de febrero de 1996, LOTANCO abrió la licitación pública 001, con el fin de otorgar la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes denominado "Chance" en la ciudad de Barranquilla y el departamento del Atlántico.

1.1.1.2. El pliego de condiciones fue sistemáticamente modificado a través de los adendos 1, 2 y 3 del 11, 16 y 18 de abril de 1996.

1.1.1.3. El 19 de abril de 1996 se cerró la oportunidad para la presentación de propuestas. En esa fecha, además de la unión temporal Ochoa & Valencia Asociados Ltda., se presentaron la sociedad Acertar Ltda. y la unión temporal Azar; esta última rechazada por no cumplir con la garantía de seriedad de la propuesta.

1.1.1.4. El 21 de mayo siguiente, mediante resolución 160, LOTANCO adjudicó la licitación pública en estudio, con base en el informe de evaluación, según el cual la propuesta de la sociedad Acertar Ltda. obtuvo 94.17 puntos, frente a los 69.44 de la unión temporal que representan los actores.

#### **1.1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, los actores deprecaron las siguientes pretensiones (fls. 3 y 4, c. ppal):

##### *A. PRIMERA PETICIÓN:*

*Que se declare la nulidad de la resolución 160 del 21 de mayo de 1996 "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES DENOMINADO "CHANCE" EN BARRANQUILLA Y EL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO", expedida por el señor Gerente de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico.*

##### *B. SEGUNDA PETICIÓN:*

*Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto principal que se demanda (la resolución 160 del 21 de mayo de 1996), se decrete la nulidad del acto secundario o derivado del principal que es el*

---

<sup>2</sup> Así se desprende del poder y del acápite de procedimiento, en los cuales se refiere expresamente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 1 y 26, c. ppal).

<sup>3</sup> Mediante auto del 18 de noviembre de 1999 se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva a la sociedad Acertar Ltda., en su calidad de adjudicataria del proceso de selección cuestionado (fls. 280 y 281, c. ppal). Decisión que le fue notificada personalmente (fl. 281 rev., c. ppal), pero sin pronunciamiento de su parte.

respectivo contrato de concesión celebrado entre la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico y la sociedad "Acertar Ltda.", con una duración de dos (2) años contados a partir del 04 de junio de 1996, contrato # 014 del 24 de mayo de 1996.

**C. TERCERA PETICIÓN:**

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y como parte del restablecimiento del derecho se condene a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico "Lotanco" a pagar a mis mandantes en este proceso, una suma igual o superior a Quince Mil Treinta y Cuatro Millones de Pesos M/L/C (\$15.034.000.000), o en su defecto la suma que se demuestre en el proceso como resarcimiento de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) 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 gastos y perjuicios ocasionados y realizados en todo el proceso licitatorio y su demanda y los ingresos que debían obtener de haber sido favorecidos con la licencia y haberse ejecutado el contrato en la forma y fines previstos por la entidad concedente.

**D. CUARTA PETICIÓN:**

Las sumas a las que se condene a pagar a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico como parte del restablecimiento del derecho y por los perjuicios ocasionados, a favor de mis mandantes, 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 causan 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 PETICIÓN:**

Hágase por parte del Tribunal el pronunciamiento sobre la responsabilidad conexas que corresponda a los funcionarios públicos que intervinieron en el proceso licitatorio, la evaluación de las propuestas, 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.

**F. SEXTA PETICIÓN:**

Ordénese 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.

**1.1.3. Concepto de la violación**

Los actores fundamentaron la solicitud de nulidad deprecada (fls. 8 a 22, c. ppal), en los siguientes cargos:

**1.1.3.1. El incumplimiento de las exigencias mínimas. La experiencia:** En los numerales 10.2 del pliego de condiciones y 6 del adendo 1 la evaluación de la experiencia de los proponentes se condicionó al cumplimiento de los contratos que la respaldaban. La única experiencia de la sociedad Acertar Ltda., favorecida con la adjudicación, se contrajo a los dos años en que fungió como concesionaria de la demandada, período en el que incumplió con el número de talonarios que se obligó a adquirir mensualmente, de lo que se sigue que las exigencias mínimas tampoco fueron satisfechas y, por ende, se imponía el rechazo del proponente y la adjudicación a la unión temporal conformada por los actores por ser la única propuesta hábil, en los términos del Decreto 287 de 1996.

En caso de aceptarse que se satisfacía la exigencia mínima de experiencia, la calificación en este ítem debía corresponder a cero puntos, precisamente por el incumplimiento aludido.

**1.1.3.2. Factores de puntuación:** Advirtieron que de aceptarse que la propuesta ganadora estaba habilitada para participar, resultaba preciso revisar los siguientes aspectos de la evaluación:

(i) Se modificó la exigencia de ofrecer el número de agencias y puntos de venta para favorecer a la sociedad Acertar Ltda., en tanto los numerales 7 y 8 del adendo 1 del 11 de abril de 1996, en su orden, dispusieron que para cumplir con el ítem 6.12 del pliego de condiciones se debía incluir un listado detallado de los puntos de venta con sus direcciones y se adicionó el punto 10.4 para exigir el registro en la Cámara de Comercio de las agencias ofrecidas. En consecuencia, de un ofrecimiento se pasó a la existencia misma de la infraestructura a menos de tres días para el cierre de la licitación, que sin dudas favoreció a quien venía ejerciendo como concesionario, dada su condición de operador; además, el numeral 9 del adendo en comento aumentó el puntaje de estas exigencias de 30 a 35 puntos sumadas las dos.

(ii) Acertar Ltda. tampoco cumplió con el número de agencias y puntos de venta, tal como la misma entidad lo corroboró, por cuanto éstos pertenecían a sus socios o no existían o estaban repetidas.

(iii) Además, según el numeral 8 del adendo 1 el número de las agencias ofrecidas podían ser de las personas jurídicas, uniones temporales o consorcios, o de sus socios o miembros. No obstante, el numeral 10, inciso 4, del documento en mención imponía que para las dos últimas formas de participación, no sólo respecto de este factor sino de todos, debía dividirse lo ofrecido por el número de sus miembros para determinar lo realmente propuesto, operación que no efectuó la demandada y que debió aplicarse en línea con el principio constitucional de igualdad para todos los participantes, lo cual arrojaba una calificación distinta.

(iv) Así mismo, se descalificaron los puntos de venta de la unión temporal de los actores, bajo el argumento de que no tenían dirección, cuando con fotografías se demostró su existencia. Además, correspondían a puestos con estructura de parqueadero de buses que carecen de nomenclatura.

En resumen, estimó que el puntaje total para agencias y puntos de venta correspondía a 35 para los actores y 14.277 para Acertar Ltda.

(v) La evaluación de la capacidad financiera fue incompleta y modificada para favorecer al contratista, al punto que la adjudicataria está en causal de disolución y tampoco ha podido dar cumplimiento a su obligación de adquirir el total de talonarios contratados.

## **1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

LOTANCO, al contestar la demanda (fls. 140 a 154, c. ppal), manifestó que las adendas fueron el resultado de las múltiples observaciones de los proponentes en la audiencia de aclaración de pliegos; afirmó que la sociedad Acertar Ltda. aportó el certificado de cumplimiento del contrato de concesión; explicó que la obligación de demostrar la inscripción de las agencias comerciales en el registro mercantil e identificarlas por su lugar de ubicación aseguraba a la entidad que se tratara de personas dedicadas a ese tipo de actividades; señaló que los actores de la unión temporal demandante tienen vínculos de consaguinidad con los socios de Acertar Ltda., lo que les impedía participar en la licitación; estimó inviable medir la capacidad financiera sólo por el patrimonio, como lo pretenden los actores, en tanto resultaba técnica y legalmente equivocado.

## **1.3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes (fls. 300 a 306 y 320 a 326, c. ppal) reiteraron los argumentos de sus intervenciones.

El Ministerio Público (fls. 307 a 311, c. ppal) estimó que *“la demanda se formuló cuando el contrato entre la Lotería del Atlántico y la firma Acertar Ltda. ya se había celebrado, lo que ocurrió el 24 de mayo de 1996, tal como lo afirmó el demandante en una de las pretensiones de la demanda, por lo que era procedente que se ejerciera la acción relativa a las controversias contractuales establecida en el artículo 87 del C.C.A., modificado por art. 17 del Decreto 2304 de 1989, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 45 y 77 de la Ley 80 de 1993, como se dijo arriba, y no la de nulidad y restablecimiento consagrada en el artículo 85 del C.C.A., modificado por el art. 15 del Decreto 2304 de 1989, como de manera equivocada lo hizo el actor. // La indebida escogencia de la acción constituye incumplimiento de uno de los presupuestos procesales de la acción, que impide al Tribunal pronunciarse de fondo y deriva en sentencia inhibitoria”* (fl. 311, c. ppal).

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 17 de abril de 2002 (fls. 328 a 354, c. ppal 2), el *a quo*, para declarar probada la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y declararse inhibido para pronunciarse del fondo del presente asunto, sostuvo:

*De acuerdo con los criterios jurisprudenciales y doctrinales transcritos, se observa que si bien es cierto que a partir de la Ley 80 de 1993, existe una nueva concepción de acto contractual, que comprende los previos, concomitantes y posteriores, y que de conformidad con lo expuesto en el parágrafo 2 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el acto de adjudicación sólo es pasible de ser impugnado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, también lo es el hecho de que cuando éste se impugna como supuesto de una pretensión de nulidad del contrato, como ocurre en el presente caso, la acción que se debe ejercer es la contractual, la cual se ejercerá como principal.*

*En el presente caso se tiene que el contrato de concesión No. 014 para la explotación del juego de apuestas permanentes en Barranquilla y el Atlántico suscrito entre LOTANCO y ACERTAR, del cual se pide su nulidad, fue celebrado el 24 de mayo de 1996 (...) y la demanda fue presentada en el mes de septiembre de 1996, por lo que en ese momento, la presunta ilegalidad del acto de adjudicación debió plantearse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato de concesión, a través de la acción contractual y no plantear como pretensión principal la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de ello la nulidad del mencionado contrato, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo hizo el actor (...).*

*Colígese de todo lo anterior que el actor en el presente caso, hizo una indebida escogencia de la acción, acumulando pretensiones que son incompatibles, lo que da lugar a que se deba declarar la ineptitud de la demanda y por esta razón, declararse inhibido para hacer pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de la misma (fls. 351, 352 y 354, c. ppal 2).*

### **III. SEGUNDA INSTANCIA**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpone recurso de apelación (fls. 359 a 374, c. ppal 2), para lo cual afirma que la finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento que instauró se concretaba en la anulación de la resolución de adjudicación, así como el restablecimiento económico consecuencial y que la pretensión de nulidad absoluta del contrato fue adicional y derivada de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que determina ese efecto jurídico, cuando se anulan los actos administrativos que fundamentan la relación contractual.

En ese orden, como para la fecha de la presentación de la demanda, el artículo 77 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prescribía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituía la vía procesal para impugnar la legalidad de la adjudicación, ejercida por los accionantes, se impone revocar la sentencia del *a quo*, analizar de fondo el asunto y acceder a las pretensiones de la demanda, tal como lo imponen los mandatos superiores y legales.

### **IV. CONSIDERACIONES**

#### **4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

##### **4.1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

Como dentro de la controversia está una entidad pública y estatal<sup>4</sup>, LOTANCO<sup>5</sup>, es de conocimiento de esta jurisdicción, siendo esta Corporación la competente para

---

<sup>4</sup> Literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993: “Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: // a) (...) las empresas industriales y comerciales del Estado (...)”.

<sup>5</sup> El artículo 1 del Decreto Ordenanzal 00517 expedido por el Gobernador del departamento del Atlántico dispone: “NATURALEZA JURÍDICA: La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente y vinculada al Departamento Administrativo de Salud del Atlántico” (fl. 124, c. ppal, copia simple).

conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos<sup>6</sup>.

De otro lado, en cuanto a la procedencia de la acción instaurada, se deben hacer las siguientes precisiones:

(i) Para 1996, cuando se presentó la demanda, previa a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993<sup>7</sup> prescribía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho constituía la vía procesal conducente para buscar la nulidad de los actos administrativos de adjudicación;

(ii) La pretensión de nulidad absoluta del contrato de concesión 014 del 24 de mayo de 1996, suscrito entre LOTANCO y Acertar Ltda., dentro de la acción de nulidad y restablecimiento intentada por los actores<sup>8</sup>, no constituye una indebida acumulación de pretensiones objetiva<sup>9</sup>, en tanto se satisfacen las exigencias del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil<sup>10</sup>, siendo que (a) el juez contencioso administrativo es competente para conocer de todas las pretensiones; (b) no se excluyen entre sí, por el contrario la nulidad de la adjudicación constituye causal de nulidad absoluta del contrato, en los términos del numeral 4 del artículo 44 de

---

<sup>6</sup> El numeral 9 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, asignó el conocimiento en primera instancia a los tribunales administrativos de los procesos de nulidad de los actos administrativos proferidos por las entidades descentralizadas de todo orden. Así, como la mayor pretensión se calculó en \$14.000.000.000, por lucro cesante (fl. 23, c. ppal), es claro que para el año 1996, cuando se presentó la demanda (fl. 27 rev., c. ppal), la controversia de nulidad y restablecimiento superaba los \$3.080.000 para que tuviera vocación de doble instancia.

<sup>7</sup> “El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo”.

<sup>8</sup> Así se desprende del poder y del acápite de procedimientos, en los cuales se refiere expresamente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 1 y 26, c. ppal).

<sup>9</sup> Es posible que un demandante acumule más de una pretensión contra un mismo demandado (acumulación objetiva), o que se acumulen en una misma demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados (acumulación subjetiva). Sobre la acumulación indebida de pretensiones, entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 8 de febrero de 2007, exp. 32.861, M.P. Alier Hernández Enríquez.

<sup>10</sup> Aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Contencioso Administrativo. Dicho norma adjetiva civil prescribe: “El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: // 1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía. // 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. // 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento (...). // También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquéllas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros (...). // Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero si con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se proponga oportunamente la respectiva excepción previa”.

la Ley 80 de 1993<sup>11</sup> y, además, (c) se tramitan por el mismo procedimiento ordinario, según el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo<sup>12</sup>.

(iii) Sin embargo, en el presente asunto, esa pretensión no es propia de la acción de nulidad y restablecimiento, que en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 resultaba ser la procedente para atacar la legalidad del acto administrativo de adjudicación, sino de la acción contractual, toda vez que así lo imponía el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo vigente para la presentación de la demanda<sup>13</sup>. De lo que se sigue que la acción instaurada por los actores es indebida para tal fin.

Empero, en aras de privilegiar el derecho de acceso a la administración de justicia, como lo ha reiterado esta Corporación en este tipo de cuestiones<sup>14</sup>, se impone analizar de fondo la cuestión frente a la acción de nulidad y restablecimiento, en tanto cumple con las exigencias legales, pero sin inhibirse en relación con la nulidad absoluta contractual deprecada, toda vez que el artículo 87 citado habilitaba al juez a pronunciarse de oficio cuando estuviere plenamente demostrada y se contara con la audiencia de las partes del contrato. En consecuencia, de llegar a prosperar los cargos de nulidad en contra del acto administrativo de adjudicación, la Sala procederá al estudio de la nulidad de la relación contractual en uso de sus facultades oficiosas.

#### 4.1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la demandada expidió el acto administrativo cuestionado y su contraparte fue proponente dentro del mismo, según el texto de la resolución 160 del 21 de mayo de 1996, por medio de la cual se adjudicó el contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes denominado “Chance” en Barranquilla y el departamento del Atlántico (fls. 83 a 88, c. ppal, en copia auténtica).

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

---

<sup>11</sup> “De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...) // 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten (...)”.

<sup>12</sup> “Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial”.

<sup>13</sup> El artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el artículo en cita, disponía: “El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

<sup>14</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2007, exp. 15.451, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. En esa oportunidad, refiriendo a otro antecedente la Corporación, afirmó: “La Corporación ha sostenido que, ante una indebida acumulación de acciones o de pretensiones, el juez está obligado a conocer y resolver la acción o la pretensión respecto de la cual estén cumplidos los presupuestos legales, en pro de la garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal” (se destaca).

cabeza de la entidad pública afectada<sup>15</sup>, 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 extremo.

#### 4.1.3. La caducidad

El acto administrativo en cuestión debía demandarse dentro de los cuatro meses siguientes a su comunicación, notificación o publicación. En ese orden, con tomar la fecha de la resolución 160, esto es, el 21 mayo de 1996 (fl. 88, c. ppal) y la presentación de la demanda, el 20 de septiembre siguiente (fl. 27 rev., c. ppal), fuerza concluir que lo fue en tiempo.

### 4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

Como se desprende de la demanda los actores alegan tener un mejor derecho, en tanto, además de que las propuestas fueron incorrectamente evaluadas, las reglas de la adjudicación fueron modificadas para favorecer al adjudicatario.

### 4.3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LA ADJUDICACIÓN

#### 4.3.1. Del régimen jurídico del proceso de selección

De entrada, precisa advertir que para el 18 de marzo de 1996 (fls. 29 y 30, anexo 1, resolución 091, copia auténtica), cuando se abrió la licitación pública en estudio, el régimen jurídico de la concesión de **juegos de apuestas permanentes** suerte y azar, como lo es el chance, se regulaba así<sup>16</sup>:

(i) La Ley 1 de 1982<sup>17</sup>, 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*" (se destaca), los cuales podrían "*ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares*".

(ii) En el artículo 1 del Decreto 33 de 1984<sup>18</sup> se definió el juego permanente de suerte y azar así:

*El juego de Apuestas Permanentes es aquel que sin ser rifa o lotería, y utilizando los resultados de los sorteos ordinarios de las loterías, permite que una persona denominada jugador seleccione una, dos o tres cifras y apueste a ellas una suma de dinero, pudiendo lograr un premio en dinero si coincide su apuesta con la última, dos últimas o tres últimas cifras o la combinación de estas en cualquier orden, del premio*

---

<sup>15</sup> 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*".

<sup>16</sup> Lo aquí expuesto en: Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 6 de junio de 2007, exp. 32.826, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>17</sup> Reglamentada por el Decreto 0033 de 1984.

<sup>18</sup> "*Por el cual se reglamenta la Ley 1a de 1982 y el Decreto Legislativo No. 386 de 1983*". Con base en el último decreto se dictaron normas sobre apuestas permanentes.

*mayor del sorteo de la lotería efectuada en la respectiva fecha, de acuerdo con el plan de premios que se establece en el presente decreto.*

(iii) Por su parte, el artículo 4 del Decreto 2527 de 1987<sup>19</sup> prescribió que para “*la celebración de los contratos de concesión, se seguirán las normas de contratación administrativa vigente para las entidades descentralizadas departamentales o para los Servicios Seccionales de Salud según el caso. Para el efecto se tendrán en cuenta los concesionarios que ofrezcan las mayores ventajas en cuanto al mínimo de ventas brutas, el mínimo de formularios que retirarán trimestralmente y el mayor pago de regalías*”.

(iv) 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. 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, lo que vendría a darse en primer término con la Ley 10 de 1990 y, posteriormente, con la Ley 643 de 2001<sup>20</sup>, ninguna de ellas aplicables al presente asunto, en tanto la primera no regula el juego permanente de suerte y azar denominado chance y la otra resulta posterior al proceso de selección que aquí se estudia.

(v) Así las cosas, la Ley 80 de 1993, que reguló la contratación de todas las entidades descentralizadas del orden territorial, como las empresas industriales y comerciales del Estado, en consideración a su calidad de entidades estatales (artículos 1, 2, 13 y 32), precisó que la selección de contratistas de esas entidades se realizaría a través de la contratación directa, siempre que sus actos y contratos tuvieran como objeto el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la misma normatividad.

(vi) En ese orden, en el numeral 4 del artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se tipificó el contrato de concesión, así:

*Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la*

---

<sup>19</sup> “*Por el cual se reglamenta la Ley 1a de 1982, el Decreto Ley 386 de 1983, el Capítulo XVI del Título VI del Decreto Ley 1222 de 1986 y se modifican parcialmente los Decretos 033 de 1984 y 1988 de 1987, sobre el juego de Apuestas Permanentes*”.

<sup>20</sup> Valga referir que la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de marzo de 1995, exp. 2906, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, dejó sentado, frente a juegos de suerte y azar, diferentes a la loterías y el chance, lo siguiente: “*La Sala no encuentra que la Ley 10 de 1990 sea incompatible con el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución, pues ella regula, así sea de manera muy genérica, tanto la organización como la administración y la explotación del monopolio de todas las modalidades de suerte y azar diferentes de loterías y apuestas permanentes. En efecto, respecto de la organización del monopolio el artículo 43 de la ley establece que ella se traduce en la existencia de una sociedad de capital público con participación de la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, titulares de monopolios rentísticos y de las loterías existentes. En cuanto a la explotación y administración del monopolio, la misma norma legal establece que esas actividades corresponden precisamente a la sociedad que se ordena crear y que actualmente es la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. - ECOSALUD-. En consecuencia, mientras no se dicte una ley más específica sobre esos aspectos, de iniciativa gubernamental, el régimen legal propio a que se refiere el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución es el previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990*”.

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

(vii) Siendo así y según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la selección de los contratistas para la concesión de juegos de suerte y azar de apuestas permanentes o chance se efectuaría a través de la licitación pública. En consecuencia, esta será la normatividad aplicable al presente asunto.

#### **4.3.2. Del trámite general de la licitación pública 001 de 1996**

4.3.2.1. De entrada es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Además, las documentales se allegaron en copias auténticas y simples, siendo posible valorar estas últimas de acuerdo a la postura actual de la jurisprudencia de la Sección<sup>21</sup>.

4.3.2.2. Es preciso abordar la objeción por error grave del dictamen, toda vez que el *a quo* al inhibirse frente al fondo del asunto no se pronunció sobre este extremo.

En el dictamen pericial, con la intervención de peritos contables, se efectuó (i) una valoración de los perjuicios ocasionados por la no adjudicación del proceso de selección en estudio; (ii) análisis comparativo de las propuestas frente a los factores de escogencia y (iii) el estudio financiero de los proponentes (fls. 234 a 263, c. ppal).

Para el efecto, en cuanto al primer punto, cuantificaron el daño emergente por gastos incurridos, tales como: arrendamiento de locales comerciales, indemnización de contratos de cesión y montaje y adecuación de paraderos de

---

<sup>21</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieran el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo: "(...) si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad substantiam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso. Así las cosas, si se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad substantiam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso".

buses. En el lucro cesante proyectaron las ganancias dejadas de percibir por cada año de concesión frustrado (fls. 237 a 242, c. ppal).

Frente a la comparación de propuestas, coincidieron en la evaluación efectuada por la entidad con relación (i) al número de cajas de talonarios por ofrecer, esto es, que la puntuación de las dos propuestas correspondía a 55 puntos; (ii) en cuanto al número de agencias y puntos de venta, señalaron que de acuerdo con el certificado de Cámara de Comercio de Acertar Ltda., las primeras se ofrecieron como propias cuando están a nombre de otras personas y los segundos carecían de dirección (precisa aclarar que en cada uno de los *ítems* se limita a relacionar algunas agencias y puntos).

En todo caso, procedieron a evaluar las propuestas teniendo en cuenta que el pliego permitía que se valoraran las agencias de los socios o miembros, y respecto de las demás irregularidades advertidas por ellos mismos hicieron caso omiso. Así estimaron que en el número de agencias y puntos de venta la puntuación debía corresponder a 11.38 y 6.57 para la sociedad ganadora y 20 en los dos factores para los actores, al dividir lo ofrecido por cada oferente por el número de integrantes de la sociedad y la unión temporal<sup>22</sup>, respectivamente, para lo cual interpretaron el numeral 10 del adendo 1<sup>23</sup>, en el sentido de que se imponía a todos los proponentes dicha metodología, no sólo a los miembros de las uniones temporales y consorcios, como quedó originalmente en el adendo en mención; por último, la experiencia fue calificada en la misma forma efectuada por la entidad demandada. En el consolidado final, la mejor propuesta resultaba ser la propuesta de los actores (fls. 242 a 249, c. ppal).

Por último, (iii) en cuanto a los factores financieros, además de establecer que la sociedad Acertar Ltda., no estaba en causal de disolución para 1995 (fl. 262, c. ppal), determinaron que la puntuación en este factor correspondía a 0.98 y 5 para la ganadora y los actores, en su orden, e indicaron que la situación económica de la unión temporal era mejor que la persona jurídica en mención (fls. 249 a 263, c. ppal).

Oportunamente<sup>24</sup>, la parte demandada objetó por error grave el dictamen pericial, (i) en tanto se incorporaron conceptos que no constituían daño emergente; (ii) la valoración del lucro cesante fue desbordada y sin fundamento y (iii) para la comparación de las agencias, puntos de venta y factores económicos se crearon nuevas reglas (fls. 272 a 275, c. ppal).

---

<sup>22</sup> Así se tiene que el número de agencias ofrecidas por Acertar Ltda. fue de 205 que fueron divididos entre 20 socios, cuando el certificado de Cámara de Comercio da cuenta que son 21 (fls. 9 y 10, c. 3 prueba), lo cual arrojó que se ofrecieron 10.25

<sup>23</sup> Ese numeral modificó el punto 11.4 del pliego de condiciones así: *“La fórmula de adjudicación de puntajes por factor a cada uno de los proponentes, se aplicará de la siguiente manera: El puntaje asignado a un proponente en cada factor es igual a la cantidad o valor ofrecido por éste, multiplicado por el valor del puntaje en cada valor (señalado en el punto 11.3) y el producto así obtenido será dividido por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados. // Para efectos de determinar la calificación de la unión temporal y de los consorcios, se sumarán los factores de evaluación correspondientes a cada uno de sus miembros y se dividirá por el número de miembros que lo conforman”*.

<sup>24</sup> Valga aclarar que se objetó antes de que se surtiera el traslado que ordena el numeral 1 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (fl. 271 rev. y 275, c. ppal); sin embargo, de esa situación difícilmente se puede derivar una consecuencia adversa para el estudio de la misma.

Para resolver la objeción, la Sala considera necesario tener en cuenta que sobre la procedencia de la objeción por error grave, esta Corporación, en providencia reciente, sostuvo<sup>25</sup>:

*A manera de conclusión puede afirmarse que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y **no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.***

*Los errores o equivocaciones bien pueden consistir en que se haya tomado como objeto de observación y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer el dictamen o que se hayan cambiado las cualidades o atributos propios del objeto examinado por otros que no posee, de una forma tal que de no haberse presentado tales errores las conclusiones del dictamen hubieren sido diferentes, como ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra “en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones” (se destaca).*

Además, es preciso referir que la jurisprudencia de esta Corporación, de vieja data, ha distinguido el error grave de la falta de fundamentación, así<sup>26</sup>:

*También ha dicho la jurisprudencia que no se deben confundir dos factores jurídicamente distintos: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo.*

*El error supone concepto objetivamente equivocado y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, **pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo por falta de requisitos legales necesarios para ello.***

*Como lo sostiene el proveído recurrido es al juzgador a quien corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo, y que éste es precisamente el sentido natural y obvio del Artículo 720 del C. J. (se destaca).*

En ese orden, los cuestionamientos de la objeción están dirigidos a desconocer las conclusiones e inferencias de los peritos y a poner en evidencia su falta de respaldo probatorio, sin que por ello el experticio haya incurrido en error grave, pues, en los términos de la referida jurisprudencia, que se reitera, la deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, aunque da lugar a desestimar la prueba a la hora de valorarla para los fines que corresponda.

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 18.014, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 1973, exp. 1270, M.P. Carlos Portocarrero Mutis.

En todo caso, se desestimarán las apreciaciones jurídicas de los peritos dentro de su trabajo de comparación de las propuestas, en tanto son de competencia de la Sala. Siendo así, se entienden como parte de las inferencias que hicieron los expertos para lograr la finalidad de la prueba, mas no como un error grave, por cuanto no distorsionan la percepción del juzgador en relación con el fondo del asunto.

En consecuencia, la objeción por error grave se desestimará.

Del material probatorio se tiene:

4.3.2.3. El 18 de marzo de 1996, mediante resolución 091, LOTANCO abrió la licitación pública 001 para la adjudicación del contrato de concesión del juego de apuestas permanentes en todo el territorio del departamento del Atlántico, por un término de dos años contados a partir del 4 de junio del mismo año (fls. 29 y 30, c. ppal, copia auténtica del acto administrativo).

4.3.2.4. El 10 de abril de 1996, se efectuó la audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, a la cual no asistieron los actores (fls. 71 a 74, c. ppal, copia auténtica del acta). Allí uno de los interesados manifestó que “*se deb[ía] incorporar como factor de calificación la infraestructura comprobable*” (fl. 72, c. ppal).

4.3.2.5. El 11, 16 y 18 de abril siguiente se modificaron los pliegos de condiciones, a través de la respectivas adendas (fls. 59 a 70, c. ppal, copia simple adendas 1, 2, y 3).

4.3.2.6. Los pliegos de condiciones (fl. 43, c. ppal, copia auténtica), con la modificación de las adendas 1 y 3 del 11 y 18 de abril de 1996 (fls. 60 y 69, c. ppal)<sup>27</sup>, determinaron que los factores de calificación serían (numeral 11.3): (i) el número de cajas por año, 55 puntos; (ii) el número de agencias inscritas en Cámara de Comercio, 20 puntos; (iii) el número de puntos de ventas con dirección, 15 puntos; (iv) experiencia acreditada, 5 puntos y (v) otros factores de evaluación: liquidez, solvencia, endeudamiento, patrimonio, con base en los estados financieros a diciembre de 1994, 5 puntos, para un total de 100 puntos.

4.3.2.7. El 19 de abril siguiente se cerró la oportunidad para presentar propuestas, en la cual se presentaron la sociedad Acertar Ltda. y las uniones temporales AZAR y Ochoa y Valencia Asociados (fls. 80 a 82, c. ppal, copia auténtica del acta).

4.3.2.8. El 29 de abril de 1996, al efectuar la evaluación, se abstuvieron de calificar la propuesta de la unión temporal AZAR al incumplir con el requisito de la póliza de seriedad de la oferta; el consolidado de la evaluación arrojó los siguientes

---

<sup>27</sup> **El adendo 2** del 16 de abril de 1996 se limitó a aclarar la exigencia frente (i) al certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio (numeral 1, que aclara el punto 6.7 del pliego); (ii) la declaración de renta y estados financieros que debían ser a 31 de diciembre de 1994 y fiscales a 31 de diciembre de 1995 (numeral 2, que aclara el punto 6.9 del pliego); (iii) cambiar el factor económico de evaluación por el de “*valor del patrimonio liquido del oferente en función de su declaración de renta*” a “*otros factores de evaluación: liquidez, solvencia, endeudamiento, patrimonio*” (numeral 3, aclara el punto 11.3) y (iv) las cantidades de cajas, talonarios y formularios a adquirir, pero conservando la calificación de 5 puntos (numeral 4, que aclara el punto 11.4 del pliego) (fls. 66 y 67, c. ppal); por su parte, **el adendo 3** del 18 de abril de 1996 dispuso aclarar (i) nuevamente lo relacionado con la declaración de renta y estados financieros (6.9 pliego) y (ii) que el factor económico sería “*otros factores de evaluación: liquidez, solvencia, endeudamiento, patrimonio*”.

puntajes: para Acertar Ltda 94.17 puntos y Ochoa Valencia Asociados 69.42 (fls. 2 a 19, c. 1 pruebas, copias simples). El cuadro consolidado es el siguiente:

FACTORES DE EVALUACIÓN	PUNTOS X FACTOR	ACERTAR LTDA		OCHOA Y VALENCIA ASOCIADOS	
No. CAJAS 1 AÑO 2 AÑO	55	405 455	55	405 455	55
No. AGENCIAS	20	205	20	36	3.52
No. PUNTOS DE VENTAS	15	1188	15	71 <sup>28</sup>	0.9
EXPERIENCIA ACRED.	5	2	0.67	15	5
OTROS FACTORES	5		3.5		5
TOTAL CALIFICACIÓN	<b>100</b>		<b>94.17</b>		<b>69.42</b>

4.3.2.9. El 5 de mayo siguiente, los actores formularon observaciones a su calificación y a la del otro proponente, en el sentido de que (i) se valoraran todos sus puntos de venta, en tanto se encontraban en paraderos de buses que carecían de nomenclatura; (ii) relacionaron 51 agencias y 77 puntos de venta de la sociedad Acertar Ltda. que no existen, pertenecen a otros socios o están sin dirección y, por último, (iii) solicitaron revisar la calificación financiera (fls. 29 a 39, c. 1 pruebas, copia simple).

4.3.2.10. En documento sin fecha, Acertar Ltda., frente a la observación de la doble propiedad de la agencias ofrecidas, manifestó que *“como muestra más de nuestra honestidad y transparencia en el actual proceso licitatorio, hemos decidido renunciar para que sean tenidos en cuenta cada una (sic) de los establecimientos de comercio legalmente registrados, cuando estos sean coincidentes en la nomenclatura con los establecimientos de comercio de los cuales son propietarios los socios de Acertar Ltda. // En concordancia con lo anterior y conforme al listado presentado por el doctor Páez (representante legal de la unión temporal de los actores) producto de su exhaustiva investigación presentamos una relación anexa aclaratoria de cada uno de estos puntos dejándole a la comisión evaluadora la libertad de decidir sobre la renuncia a nuestros derechos legalmente constituidos sobre dichas agencias”* (fl. 46, c. 1 pruebas, en copia simple).

4.3.2.11. El 21 de mayo de 1996, mediante resolución 160, LOTANCO adjudicó la licitación pública en estudio a la sociedad Acertar Ltda., con base en el informe de evaluación (fls. 83 a 88, c. ppal, copia auténtica). En relación con las observaciones precisó:

*Que de acuerdo al considerando anterior esta entidad estima pertinente precisar sobre las impugnaciones in commento, así: a) Sobre la descalificación de los puntos de venta pertenecientes a la unión temporal Ochoa y Valencia Asociados Ltda., la administración reitera que no se cumplió con el requisito establecido en los pliegos de condiciones de especificar las direcciones respectivas, tal y como se puede apreciar con mayor fundamento en el informe de fecha mayo 10 de 1996, el cual hace parte integral del presente acto administrativo, para todos los efectos. b) Con relación a las calificaciones dadas a la agencias y a los puntos de venta relacionados por el licitante Acertar Ltda., se considera que de acuerdo a lo establecido en los arts. 25, 515 y 516 del Código de Comercio y en concordancia con el concepto emitido por la Cámara de Comercio, de fecha 9 de mayo de 1996, esta*

<sup>28</sup> Aunque los actores ofrecieron 271 puntos de venta, tan sólo se calificaron 71, por cuanto en la evaluación se estimó que los demás no indicaron la dirección (fl. 4, c. 1 pruebas).

entidad manifiesta, en desarrollo del postulado legal, que una persona puede tener varios establecimientos de comercio y a su vez, un solo establecimiento de comercio puede pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diferentes actividades comerciales, de los cual se colige que la coexistencia de dos establecimientos de comercio matriculados bajo la misma dirección no presupone irregularidad alguna, puesto que en la Legislación Comercial no existe norma alguna que determine expresamente su prohibición; adicionalmente esta administración encuentra debidamente fundamentado el informe aclaratorio de fecha mayo 10 de 1996, por lo cual no procede la modificación de las calificaciones determinadas a la agencias presentadas. Y la entidad con el propósito de verificar la anterior circunstancia efectuó visitas a las agencias 108 y 109 de Acertar Ltda., como consta en acta anexa al informe técnico de marras. c) En cuanto a la observación planteada sobre los puntos de venta sin dirección, tal como lo establecen los pliegos de condiciones, esta administración considera que si bien es cierto, aparecen relacionados en la propuesta algunos de ellos, no especifican claramente su dirección, razón por la cual procede a desestimarlos por no reunir los requisitos establecidos, con la consiguiente modificación de la calificación respectiva, la cual obra en el informe técnico de fecha mayo 10 de 1996. d) Respecto de la impugnación sobre los puntos de venta supuestamente repetidos, esta entidad fundamentada no sólo en el alcance del criterio legal consistente en que en un mismo sitio pueden coexistir varios puntos de venta de diferentes propietarios que desarrollan una misma o diferentes actividad comercial (como antes se anotó), sino en el hecho de haber constatado mediante visitas la existencia de dichos puntos, según consta en acta de fecha mayo 10 de 1996, procede en consecuencia a desestimar la impugnación presentada. e) Con relación a la observación planteada sobre los puntos de venta inexistentes o pertenecientes a otro proponente, esta entidad, tal y como quedó consignado en el informe técnico de fecha mayo 10 de 1996, reitera que se abstiene de pronunciarse sobre el particular por cuanto no es posible que se afirme la inexistencia de un punto de venta y a renglón seguido se le impute la propiedad a otro proponente, pues adicionalmente dicha aseveración se convertiría por la fuerza de los hechos en una incriminación contra personas que estarían desarrollando ilegalmente el juego de apuestas denominado Chance. Sin embargo, la Empresa de Lotería y Apuestas Permanentes del Atlántico realizó visitas a dichos puntos, según consta en acta de fecha mayo 10 de 1996. De otra parte, por el giro mismo del negocio del juego de las apuestas permanentes denominado "Chance", y su comercialización, se estima necesario acotar que se presenta una mayor incidencia en el desarrollo mismo de la actividad hacia las horas de tarde y de la noche, razón por la cual gran número de puestos de venta solo son habilitados al caer el día. f) En atención a las observaciones formuladas a la evaluación económica y financiera, la entidad manifiesta que el análisis de las propuestas presentadas se realizó sobre las bases del significado financiero de cada indicador y no sobre el mayor o menor porcentaje del resultado de los índices, como lo expresa el representante convencional del impugnante, todo ello en armonía con el contenido del informe de la comisión financiera, de fecha mayo 09 de 1996 que expone con claridad los criterios de evaluación y la objetividad de la calificación. Los informes y acta arriba mencionados hacen parte integral del presente acto administrativo (fls. 85 y 86, c. ppal).

### 4.3.3. De los cargos formulados

Los cargos formulados se orientan principalmente a cuestionar la evaluación de las propuestas, tanto por las exigencias mínimas como por los puntuables. En consecuencia, en ese mismo orden se procederá a estudiarlos, así:

**4.3.3.1. La experiencia como exigencia mínima:** Los actores pusieron de presente que en los numerales 10.2 del pliego de condiciones y 6 del adendo 1 la evaluación de la experiencia de los proponentes se condicionó al cumplimiento de los contratos que la respaldaban, exigencia incumplida por la sociedad Acertar Ltda., en tanto la única experiencia que acreditó se contrajo a los dos años en que fungió como concesionaria de la demandada, período en el que incumplió con el número de talonarios que se obligó a adquirir mensualmente, de lo que se seguía su descalificación y, en todo, su calificación debía ser de 0 puntos.

(i) Las disposiciones del pliego de condiciones pertinentes para resolver el cargo en estudio son:

#### 6. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

*La propuesta debe estar elaborada con base en el formato de la propuesta que constituye el anexo 2 de este pliego de condiciones. El original y cada una de las copias deben contener toda la información y documentos solicitados en el pliego de condiciones y en particular lo siguiente (...):*

*6.10. Referencia sobre el cumplimiento y seriedad en contratos de explotación del juego de apuestas permanentes o actividades afines o similares, indicando el número de años de ejecución de los mismos<sup>29</sup>.*

#### 10. CALIDADES MÍNIMAS EXIGIDAS AL PROPONENTE (...)

*10.2. Los proponentes que con antelación a la presente licitación hayan celebrado contratos para la explotación del juego de apuestas permanentes, deberán acreditar el cabal cumplimiento de los mismos (...).*

#### 11. FACTORES PARA LA ADJUDICACIÓN

*11.1. Las propuestas que se evaluarán serán aquellas en las que los proponentes hayan cumplido con los requisitos legales y las calidades mínimas exigidas (...).*

*(...) En la evaluación se tendrán en cuenta, los siguientes factores de evaluación (...):*

*Experiencia acreditada  
(fls. 40, 42 y 60, c. ppal).*

5<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> La redacción es la introducida con el adendo 1 del 11 de abril de 1996. El texto original tenía el siguiente tenor literal: "Referencias sobre el cumplimiento y seriedad en contratos de explotación del juego de apuestas permanentes o actividades afines o similares" (fl. 40, c. ppal).

De lo anterior se tiene que el cumplimiento de otros contratos de explotación del juego de apuestas permanentes, además de ser parte del contenido de la propuesta, constituía una exigencia mínima de participación de los proponentes y a su vez factor de evaluación; en otras palabras, se trataba de un requisito mínimo y puntuable. Asimismo, el pliego de condiciones indicó que para satisfacer esa exigencia debían acompañarse los documentos de “referencia” sobre el cabal cumplimiento de los contratos para la explotación de juegos de apuestas permanentes o en actividades afines o similares e indicando el tiempo de ejecución.

(ii) Para probar ese requisito, la sociedad Acertar Ltda. allegó una certificación suscrita por el gerente de LOTANCO, relacionada en el índice de su propuesta como “CERTIFICACIÓN SOBRE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” (fl. 3, c. 3 pruebas, copia simple), cuyo texto es el siguiente:

*EL SUSCRITO GERENTE DE LA LOTERÍA Y APUESTAS  
PERMANENTES DEL ATLÁNTICO*

*CERTIFICA:*

*Que de acuerdo a certificación de la Unidad Comercial la firma Acertar Ltda. tiene suscrito con la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, contrato de concesión para la explotación del juego de apuesta en todo el territorio del Departamento, el cual se ha cumplido dentro de los parámetros establecidos en el mismo, durante dos años (fl. 30, c. 3 pruebas).*

(iii) La parte actora se limita a señalar que el requisito en comentario no fue satisfecho, en tanto Acertar Ltda. incumplió sistemáticamente con el número de talonarios que se obligó adquirir mensualmente. Las pruebas que respaldan esa afirmación son testimoniales. Así se tiene:

El testimonio del señor Camilo Alberto Páez Ospina (fls. 178 a 185, c. ppal), quien laboraba para uno de los actores en la época que se adelantó el proceso de selección en estudio y, además, fue el representante legal de la unión temporal Ochoa y Valencia Asociados, según lo consignado en el documento de constitución (fl. 132, c. ppal, copia auténtica); vale aclarar que no fue parte dentro del presente proceso, toda vez que los miembros de la unión temporal demandaron a través de otro apoderado judicial, razón por la cual resulta admisible su valoración como prueba testimonial, con las reservas que más adelante se advierten.

Así las cosas, el testigo afirmó que la “*sociedad Acertar Ltda. y en virtud de que yo actué como representante de uno de sus socios lo pude conocer, antes de la licitación pública ya había presentado problemas de carácter financiero para el cumplimiento del contrato suscrito con LOTANCO en el año 1994, por lo cual varias veces incurrió en mora y tuvo que acudir a sus socios a fin de no incumplir gravemente el contrato*” (fls. 181 y 182, c. ppal).

De entrada debe señalarse que se trata de un testigo sospechoso, en tanto para la época de los hechos que aquí se analizan, tenía relaciones comerciales con los actores y, además, fungió como representante legal de la unión temporal

---

<sup>30</sup> El cual no estaba incluido originalmente en el pliego de condiciones, sino que fue incorporado por el adendo 1, punto 9 (fl. 60, c. ppal).

demandante, situaciones que bien podían influir en su dicho<sup>31</sup>; con todo, ello no significa que *per se* pueda desconocer su valor probatorio sino que su escrutinio será más riguroso.

En ese orden, la afirmación sobre el incumplimiento que hace el testigo contrasta con lo consignado en la certificación aportada por la sociedad Acertar Ltda. Siendo así, es preciso poner de presente que si bien para efecto de probar ese extremo no existe tarifa legal y, por ende, todos los medios probatorios habilitados legalmente sirven para llevar al juez la convicción sobre el punto, lo cierto es que el juez deberá valorarlos en conjunto con los demás medios probatorios para determinar su grado de convicción.

Así las cosas, es preciso advertir que, en principio, son las partes quienes pueden certificar el cumplimiento contractual, salvo que tengan desacuerdos sobre el punto, evento en el cual será el juez del contrato quien los dirima. En las relaciones contractuales que suscriben las entidades públicas, bien puede el ordenamiento jurídico otorgarles potestades especiales, *verbigracia* la de proferir actos administrativos sancionatorios, como el de caducidad, que comportan la calificación del comportamiento contractual de su extremo contractual. En consecuencia, el que la entidad contratante haya certificado el cumplimiento del contrato exigido en los pliegos, constituye una prueba que deberá desvirtuarse con suficiencia.

Siendo así, desdice lo dicho por el testigo que los únicos documentos que evidencian tal circunstancia sean las resoluciones 229 y 245 del 19 de julio y 2 de agosto de 1996, por medio de las cuales se impone una multa –cuya legalidad no es objeto de la presente controversia y, por ende, la Sala se abstiene de pronunciarse-, cuando el texto de la primera pone en evidencia:

*Que la Empresa de Lotería y Apuestas Permanentes del Atlántico suscribió el día veinticuatro (24) de mayo de 1996, el contrato de concesión para la explotación del juego de las apuestas permanentes en Barranquilla y el departamento del Atlántico, con la sociedad “Acertar Ltda.”*

*Que la ejecución del citado contrato se inició el 4 de julio de 1996 luego de la suscripción de un “otrosí” entre las partes para tal fin.*

*Que la cláusula tercera (3) del citado contrato contiene la obligación del concesionario de adquirir 405 cajas de 500 talonarios de 50 formularios dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, durante la vigencia del contrato.*

*Que hasta la fecha, julio 19, la sociedad Acertar Ltda” no ha cumplido con la obligación señalada en el considerando anterior (fl. 111, c. ppal).*

Como se puede observar, el incumplimiento al cual refieren las resoluciones se verificó con posterioridad a la adjudicación que aquí se cuestiona, razón por la

---

<sup>31</sup> El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, prescribe: “*Testigos sospechosos. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*”.

cual no pueden enervar el contenido de la certificación que aportó la sociedad Acertar Ltda. para acreditar el cumplimiento de los contratos de juegos de apuestas permanentes y que fue extendida por la entidad pública demandada, en su calidad de contratante, cuando este último documento data del 11 de abril de 1996, esto es, con anterioridad al incumplimiento que evidencia el acto administrativo arriba referido.

Asimismo, el señor José Fernando Vargas, socio de Acertar Ltda., vínculo del cual también se pueden generar sospechas frente a su testimonio, afirma, frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales de la referida sociedad, que *“había cumplido inclusive por encima de sus obligaciones el contrato firmado con LOTANCO, es decir, pagó un mayor número de regalías que las pactadas en dicho contrato”* (fl. 189, c. ppal).

Ahora, la valoración en conjunto de los dos testimonios, entiéndase el de los señores Camilo Alberto Páez Ospina y José Fernando Vargas, aunado a las dudas que se vierten sobre ellos, habida cuenta de sus nexos con las partes, y la falta de tacha frente a la certificación aportada para acreditar el requisito en estudio, evidencia aún más que el extremo de la parte actora no está probado con suficiencia.

En tal sentido, no se puede dejar de mencionar las declaraciones de otros socios de Acertar Ltda., como es el caso de las señoras Zoila Inés de Garzón<sup>32</sup> y Esther Julia Ochoa Molano<sup>33</sup> (fls. 203 a 208, c. ppal), quienes se limitaron a referir vagamente sobre el incumplimiento de la mencionada sociedad; otros, por su parte, como los señores Elverth Santos Romero<sup>34</sup> y Libardo Alfonso Solano Acosta<sup>35</sup>, advierten lo contrario (fls. 211 a 219, c. ppal), pruebas que, además de tener los mismos reparos arriba expuestos, confirman la debilidad frente al extremo alegado por la parte actora.

En esos términos, para la Sala no está desvirtuada la certificación que la sociedad adjudicataria aportó para acreditar el cumplimiento de los contratos exigidos en el pliego, en tanto las pruebas testimoniales analizadas carecen de los elementos de convicción que lleven a concluir que lo consignado en ese documento es contrario a lo que en ella se contiene.

Por último, precisa señalar que la calificación frente a este factor fue ratificada por los peritos (fl. 256, c. ppal), esto es, 0.67 para la sociedad ganadora y 5 puntos para la unión temporal de los actores (fl. 8, c. 3 pruebas, consolidado evaluación de LOTANCO), lo que es suficiente para descartar el cargo frente a su incorrecta evaluación.

---

<sup>32</sup> Quien declaró: *“ha habido contratiempos para cumplir con lo pactado, porque el consumo de libretas estaba muy elevado y se alcanzaban a consumir”* (fl. 204, c. ppal)

<sup>33</sup> Ante la pregunta de si para la fecha de la licitación en estudio había incumplido el contrato, se limitó a decir: *“Si es cierto, no había cumplido”* (fl. 207, c. ppal).

<sup>34</sup> Frente al mismo cuestionamiento del pie de página precedente, declaró: *“Presumo que no, porque de otra manera la empresa LOTANCO no habría expedido paz y salvo del cumplimiento anterior y hubiera sido imposible la participación en la licitación del año 1996”* (fl. 213, c. ppal).

<sup>35</sup> *“No, Acertar Ltda. cumplió con la Lotería del Atlántico en más de lo que le correspondía en sus regalías; nosotros le cumplimos a la Lotería”* (fl. 217, c. ppal).

**4.3.3.2. Factores mínimos y de puntuación:** En este punto, los actores cuestionan la calificación obtenida por la sociedad ganadora, en particular, por lo siguiente:

**4.3.3.2.1. Agencias y puntos de venta.** Los actores estimaron que con las modificaciones introducidas al pliego de condiciones en estos factores, a menos de tres días para el cierre de la licitación, se pasó de un simple ofrecimiento a la existencia misma de la infraestructura, lo cual favoreció a quien ya la tenía que no es otro que quien venía ejerciendo como concesionario, además de que se aumentó el puntaje de estas exigencias.

El pliego de condiciones, frente a estos factores, originalmente, estableció:

#### **6. CONTENIDO DE LA PROPUESTA:**

*La propuesta debe estar elaborada con base en el formato de la propuesta que constituye el anexo No. 2 de este pliego de condiciones. El original y cada una de las copias deben contener toda la información y documentos solicitados en el pliego de condiciones y en particular lo siguiente:*

*6.12. Todas las especificaciones que se consideren necesarias para la mayor ilustración de la propuesta (...).*

#### **10. CALIDADES MÍNIMAS EXIGIDAS AL PROPONENTE**

*10.1. Acreditar haber ejercido la actividad de comerciante durante por lo menos dos (2) años tratándose de personas naturales.*

*10.2. Los proponentes que con antelación a la presente licitación hayan celebrado contratos para la explotación del juego de apuestas permanentes, deberán acreditar el cabal cumplimiento de los mismos.*

*10.3. Sólo se considerarán las propuestas que como mínimo ofrezcan la adquisición de cien (100) cajas mensuales, cada una de quinientos (500) talonarios de cincuenta (50) formularios (...).*

#### **11. FACTORES PARA LA ADJUDICACIÓN (...)**

*11.3. La adjudicación, previa la realización de los estudios jurídicos, técnicos y económicos del caso; y efectuado el respectivo análisis comparativo de las propuestas, se hará al proponente o proponentes cuyas propuestas se estimen más favorables para los intereses de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, los fines que busca y se ajustan al pliego de condiciones. En la evaluación de las propuestas se tendrán en cuenta, los siguientes factores de evaluación:*

	<i>Puntos</i>
<i>Número de cajas de 500 talonarios de 50 formularios a adquirir por mes</i>	<i>55</i>
<i>Número de agencias ofrecidas</i>	<i>15</i>
<i>Número de puntos de venta ofrecidos</i>	<i>15</i>

Valor del patrimonio liquido del oferente

Según declaración de renta 10

Según balance 5 (...)

11.4. La fórmula de adjudicación de puntajes por factor a cada uno de los proponentes, se aplicará de la siguiente manera:

*El puntaje asignado a un proponente en cada factor es igual a la cantidad o valor ofrecido por este, multiplicado por el valor del puntaje en cada factor (señalado en el punto 11.3.) y el producto así obtenido será dividido por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados (fls. 40, 42 y 43, c. ppal).*

El adendo 1 del 11 de abril de 1996 modificó las anteriores exigencias así:

7. El punto 6.12 quedará así: *Todas las especificaciones que consideren necesarias para la mayor ilustración de la propuesta, en las cuales se incluirá un listado detallado de los puntos de venta con sus direcciones.*

8. Al punto 10 se le adicionan: 10.4 Tener registradas en la Cámara de Comercio las agencias ofrecidas, para este efecto se tendrán en cuenta las agencias de los miembros de la unión temporal, consorcios y de los respectivos socios de las personas jurídicas. 10.5 Suministrar las direcciones de cada uno de los puntos de venta ofrecidos.

9. El punto 11.3 quedará así: *la adjudicación previa realización de los estudios jurídicos, técnicos y económicos del caso, y efectuado el respectivo análisis comparativo de las propuestas, se hará al (los) proponente (s) cuyas propuestas se estimen más favorables para los intereses de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico, los fines que busca y se ajusten al pliego de condiciones. En la evaluación de las propuestas se tendrán en cuenta, los siguientes factores de evaluación:*

	Puntos
Número de cajas de 500 talonarios de 50 formularios a adquirir por mes	55
Número de agencias	20
Número de puntos de venta ofrecidos	15
Experiencia acreditada	5
Valor del patrimonio liquido del oferente en función de su declaración de renta	5

10. El punto 11.4 quedará así: (...) // La fórmula de adjudicación de puntajes por factor a cada uno de los proponentes, se aplicará de la siguiente manera:

*El puntaje asignado a un proponente en cada factor es igual a la cantidad o valor ofrecido por éste, multiplicado por el valor del puntaje*

*en cada valor (señalado en el punto 11.3) y el producto así obtenido será dividido por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados.*

*Para efectos de determinar la calificación de la unión temporal y de los consorcios, se sumarán los factores de evaluación correspondientes a cada uno de sus miembros y se dividirá por el número de miembros que lo conforman (fls. 60 y 61, c. ppal).*

De lo expuesto se tiene que el número de agencias y puntos de venta, tenían una connotación de (i) requisito mínimo de participación, en tanto hacían parte del contenido y de las exigencias mínimas de la propuesta. Su cumplimiento exigía, además de ofrecer un número, que las agencias estuvieran registradas en la Cámara de Comercio, así fuera a nombre de los socios o miembros de la unión temporal o consorcio, al paso que los puntos de venta debían relacionar su dirección; (ii) también otorgaban puntos, así: la cantidad o valor ofrecido por el oferente se multiplicaba por el valor del puntaje en cada valor, producto que a su vez se dividía por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados. Valga aclarar que para las uniones temporales y consorcios lo ofrecido debía dividirse entre el número de miembros, para luego sí aplicar la metodología descrita.

A juicio de los actores, la anterior exigencia resultaba desproporcionada, no sólo porque se formuló a tres días del cierre de las propuestas sino porque favoreció a la sociedad ganadora.

4.3.3.2.1.1. La Sala desestimaré este cargo, por cuanto, al contrario de lo sostenido en la demanda, la inscripción de las agencias en la Cámara de Comercio, atendiendo a su condición de establecimientos de comercio<sup>36</sup>, 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 forma<sup>37</sup>.

(ii) En ese orden, quienes pretendan desarrollar esa actividad, de acuerdo con la normatividad comercial, serán comerciantes<sup>38</sup>. Éstos a su vez podrán realizar su

---

<sup>36</sup> 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 Permanentes”.

<sup>37</sup> 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”.

<sup>38</sup> 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”.

empresa<sup>39</sup> a través de uno o más establecimientos de comercio<sup>40</sup>. Vale advertir que todas las operaciones que se realicen sobre estos últimos son comerciales<sup>41</sup>.  
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 526<sup>42</sup> y 533<sup>43</sup> del Código de Comercio.

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

---

<sup>39</sup> 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”.

<sup>40</sup> 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”.

<sup>41</sup> 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”.

<sup>42</sup> “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”.

<sup>43</sup> “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 o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo 526”.

codificación contempla<sup>44</sup>. En tal sentido, es ilustrativa la definición de agencias que el mismo pliego contenía en su numeral 2.10, así:

*Es el establecimiento de comercio, debidamente autorizado, que dependiendo de un concesionario legalmente constituido, participa en la colocación de apuestas en formularios oficiales del juego de apuestas permanentes. Dichas agencias deberán operar con la razón social del concesionario del cual dependen y serán registradas ante la Entidad concedente antes de iniciar la actividad comercial, previo el cumplimiento de los requisitos que la CONCEDENTE exija para tal fin (fl. 37, c. ppal).*

Como se observa, el pliego de condiciones imponía que las agencias fueran establecimientos comerciales debidamente autorizados, esto es, en los términos que la Ley dispusiera, tal como se explicó en renglones precedentes. Es en ese entendido, donde la exigencia logra su verdadero alcance, toda vez que, a diferencia de lo alegado por los actores, no se disponía de sólo tres días para adecuar la propuesta, sino que desde el mismo momento en que se conocieron las exigencias para licitar, resultaba exigible el cumplimiento de lo que el ordenamiento jurídico imponía para poder ser concesionarios, un entendimiento en otra vía auspiciaría el desconocimiento de la ley; ahora, el hecho de que los actores estuvieran adecuando su propuesta a las exigencias legales a última hora sí resulta indicativo de que no se atemperaba a las exigencias legales y a su vez de sus debilidades frente a la estructura que exigía la concesión.

4.3.3.2.1.2. En esos términos, la modificación introducida por el adendo 1 del 11 de abril de 1996 no hizo una cosa diferente que limitar los ofrecimientos frente a las agencias y los puntos de venta, al exigir que estuvieran registradas y con direcciones, respectivamente, siendo que ello garantizaba a LOTANCO que la infraestructura no pasara por el simple ofrecimiento de la misma sino que contara con una base real, que de suyo imponían las exigencias legales; en otras palabras, la adenda dejó en claro que no se trataba de la simple liberalidad de los proponentes de ofrecer sin ningún tipo de respaldo, sino el reflejo de la infraestructura con que contaban.

En esos términos, precisa señalar que la inscripción de las agencias en Cámara de Comercio comportaba cualquier forma de enajenación que asegurara la disponibilidad de la infraestructura, tales como arrendamiento o cualquier otro negocio jurídico que permitiera constatar el ofrecimiento, claro está, con la inscripción aludida como lo imponía el ordenamiento jurídico y lo iteró el pluritado adendo; igualmente, frente a los puntos de venta la exigencia de la dirección se satisfacía indicando la ubicación donde iban a estar ubicados, lo cual significaba que, a diferencia de lo argumentado por los actores, no se estaba pidiendo que estuviera en pleno funcionamiento sino que se dieran las pautas para saber cómo iban a funcionar y si ese ofrecimiento tenía bases ciertas. Lo anterior guarda armonía con el numeral 27 de la cláusula 9 de la minuta del contrato que hacía parte integral de los pliegos de condiciones (fl. 54, c. ppal) y que obligaba al concesionario a poner en funcionamiento la red de distribución y venta con la cual

---

<sup>44</sup> “ARTÍCULO 37. SANCIONES 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”.

se comprometió en la propuesta dentro de los tres meses siguientes al perfeccionamiento del acuerdo que así lo dispusiera.

4.3.3.2.1.3. Debe advertirse que la modificación se introdujo dentro del marco de la Ley, que para ese entonces no establecía un límite temporal distinto al cierre de la licitación pública (numerales 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993), pero que en todo caso debía permitir que razonablemente los proponentes tuvieran la oportunidad de ajustar sus propuestas a las adendas, sin que en la demanda se alegara su desconocimiento y, además, fueron el resultado de lo discutido en la audiencia de precisión y alcance de los pliegos (*supra* 4.3.2.4., fl. 72, c. ppal). En tal sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado<sup>45</sup>:

*Conforme a lo indicado en el numeral 4º del artículo 30 de la mencionada ley, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la apertura de la licitación, que es el mismo "...inicio del plazo para la presentación de propuestas..." al que se refiere la norma, y a solicitud de cualquiera de los participantes en el proceso de selección, "...se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance ..." del pliego de condiciones, serán oídos los proponentes que asistan y se levantará un acta de la reunión; como consecuencia de lo allí debatido, y cuando sea necesario o conveniente, como dice la norma, "...el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos ...", y si se requiere, prorrogará el término de la licitación o concurso, hasta por 6 días hábiles.*

*Es decir que se da la oportunidad a la Administración, una vez abierta la licitación, de corregir el pliego de condiciones, en el evento en que el mismo contenga disposiciones confusas, ambiguas, poco claras, etc., cuando así lo hayan advertido y solicitado los mismos participantes, debiendo la entidad hacer tales correcciones o aclaraciones, mediante la expedición de adendos, que no son más que actos suscritos por el funcionario competente, que deben ser entregados a todos los participantes en el proceso de selección, para que se enteren de esas correcciones o aclaraciones; esto significa que la modificación del pliego de condiciones en esa etapa del proceso de selección, no puede producirse de cualquier manera, sino mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y para los efectos en ella contemplados (...).*

*Además de reiterar lo dicho en aquella ocasión, en la cual se hizo énfasis, sobre todo, en la imposibilidad de variar, luego de cerrada la licitación -es decir en la etapa de evaluación de las ofertas-, los factores de calificación y ponderación contemplados en el pliego de condiciones, agrega la Sala en esta oportunidad, que la intangibilidad del pliego de condiciones surge una vez abierta la licitación, es decir, cuando empieza a correr el término para que los interesados, que ya han adquirido el pliego de condiciones, puedan presentar sus ofertas, sólo que excepcionalmente, en esta etapa la ley permite la expedición de adendos, en la forma en que se explicó atrás, para efectos de aclarar el pliego de condiciones.*

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16.029, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En el caso en estudio, todos los ofrecimientos debían estar respaldados, por lo que la exigencia impuesta ocho días antes del cierre del plazo de la licitación, resultaba proporcionada, bajo el entendido de que se trata de una propuesta fundada sobre la base de lo que efectivamente se podía cumplir, bien sea en la forma que imponía originalmente el pliego y que después precisó el adendo y que ninguno de los proponentes pidió que se aclarara o modificara, en su oportunidad<sup>46</sup>.

4.3.3.2.1.4. Ahora, atendiendo al destino de los dineros de este monopolio rentístico del Estado, resultaba de capital importancia que las reglas del proceso de selección aseguraran la explotación a conceder –como además lo impone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993<sup>47</sup>-. Por consiguiente, es proporcional que se contemplara como una de las exigencias de mayor relevancia en la evaluación de las propuestas, razón por la cual el aumento de cinco puntos que introdujo el adendo 1 resultaba acorde con la satisfacción del objeto de licitar.

4.3.3.2.1.5. Tampoco puede pasarse por alto que el adendo en mención, en su punto 8, que modificó el numeral 10 del pliego de condiciones (fl. 60, c. ppal), permitió que las agencias ofrecidas pudieran ser las de los miembros de las uniones temporales y consorcios o socios de las personas jurídicas. En ese orden, los integrantes de cada proponente, independiente de la modalidad en que decidieran participar, determinaban el grado de satisfacción de la exigencia en estudio, sin que ello, a diferencia de lo planteado por los actores, constituya irregularidad alguna, sino obrar dentro del margen permitido por los pliegos.

Siendo así, el hecho de que el número de agencias y puntos de venta ofrecidos por Acertar Ltda. fueran 205 y 1.188 (fl. 4, c. 3 pruebas), al tiempo que el de la de la unión temporal de los actores tan sólo llegara a 36 y 271 (fl. 27, c. 2 prueba), respectivamente, no comporta un indicio determinante del direccionamiento que acusa la parte actora, en tanto ello pasa por considerar que la sociedad ganadora agrupaba a 21 personas, jurídicas y naturales, dedicadas a la explotación del chance, tal como se desprende de su certificado de existencia y representación (fl. 9, c. 3 pruebas) y los testimonios de sus socios (fls. 186 a 219, c. ppal). Por consiguiente, no puede concluirse, categóricamente, que esa diferencia se generó como consecuencia de la modificación en comento, sino de la infraestructura con la que contaban los actores.

4.3.3.2.1.6. Los actores afirmaron que Acertar Ltda. tampoco cumplió con el número de agencias y puntos de venta, tal como la misma entidad lo corroboró, por cuanto éstos pertenecían a sus socios o no existían o estaban repetidas.

---

<sup>46</sup> Inciso tercero del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone: “*Lo anterior (se refiere a la audiencia de aclaración de pliegos que se lleva a cabo dentro de los días siguientes al inicio del plazo para presentar propuestas) no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia*”.

<sup>47</sup> “*Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. // Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*”. La subraya fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Frente al argumento de que las agencias pertenecían a sus socios, es preciso indicar que el punto 8 del adendo 1, que modificó el numeral 10 del pliego de condiciones dispuso:

*8. Al punto 10 se le adicionan: 10.4 Tener registradas en la Cámara de Comercio las agencias ofrecidas, **para este efecto se tendrán en cuenta las agencias de los miembros de la unión temporal, consorcios y de los respectivos socios de las personas jurídicas.** 10.5 Suministrar las direcciones de cada uno de los puntos de venta ofrecidos (fl. 60, c. ppal) (se destaca).*

Como se observa las agencias bien podían pertenecer a los socios; sin embargo, en gracia de discusión, de aceptarse que las 51 agencias mencionadas por los actores en el listado que incorporaron en la demanda y en sus observaciones frente a la evaluación (fls. 32 a 36, c. 1 pruebas) incumplían el pliego, toda vez que eran de propiedad de sus asociados o de otras personas, sin que obre prueba diferente al mencionado escrito de impugnación de la calificación, se trataría de una situación irrelevante para la adjudicación, en tanto que restado ese de número de agencias, la evaluación quedaría así:

Acertar Ltda. ofreció 205 agencias (fl. 4, c. 3 pruebas) menos 51, que serían inválidas, según los actores, lo ofrecido serían 154. Por su parte, los actores propusieron 36. En consecuencia, siguiendo lo dispuesto en el punto 10 del adendo 1<sup>48</sup>, la puntuación de la primera sería 20 y el de los actores 4.67. El puntaje consolidado seguiría siendo 94.17 para la sociedad ganadora y 70.57 para los actores, que no dista mucho de la evaluación efectuada por la entidad de 94.17 y 69.42, respectivamente (supra 4.3.2.6.).

Frente a los puntos de venta se puede repetir el mismo ejercicio. En la demanda se mencionan 77 puntos que no se podrían valorar y que corresponde al mismo número de sus observaciones (fl. 36, c. 1 pruebas). Restados esos puntos de venta a los 1.188 que ofreció Acertar (fl. 4, c. 3 pruebas) se tiene que quedarían 1.111. Ahora, atendiendo a que los actores ofrecieron 271, de los cuales sólo se les calificaron 71, en tanto los demás carecían de dirección (fl. 4, c. 1 pruebas), los guarismos, aun considerando lo primeramente ofrecido por la unión temporal Ochoa y Valencia Asociados, es decir, los 271 y siguiendo lo dispuesto en el punto 10 del adendo 1<sup>49</sup>, serían 15 puntos para la sociedad ganadora y 3.65 para los actores. El consolidado se mantendría en 94.17 para Acertar Ltda. y sumadas las modificaciones de los ítems tanto de agencias y puntos de venta serían 73.32 puntos para los actores. De suerte que en el evento de que se modificaran esos dos factores de evaluación, tal como se pide en la demanda, la propuesta ganadora seguiría siendo la que determinó la resolución 160 de 1996 demandada. Todo lo anterior se resume así:

---

<sup>48</sup> Ese numeral modificó el punto 11.4 así: “La fórmula de adjudicación de puntajes por factor a cada uno de los proponentes, se aplicará de la siguiente manera: El puntaje asignado a un proponente en cada factor es igual a la cantidad o valor ofrecido por éste, multiplicado por el valor del puntaje en cada valor (señalado en el punto 11.3) y el producto así obtenido será dividido por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados”.

<sup>49</sup> Ese numeral modificó el punto 11.4 así: “La fórmula de adjudicación de puntajes por factor a cada uno de los proponentes, se aplicará de la siguiente manera: El puntaje asignado a un proponente en cada factor es igual a la cantidad o valor ofrecido por éste, multiplicado por el valor del puntaje en cada valor (señalado en el punto 11.3) y el producto así obtenido será dividido por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados”.

FACTORES DE EVALUACIÓN	PUNTOS X FACTOR	ACERTAR LTDA		OCHOA Y VALENCIA ASOCIADOS	
No. CAJAS 1 AÑO 2 AÑO	55	405 455	55	405 455	55
No. AGENCIAS	20	154	20	36	<b>4.67</b>
No. PUNTOS DE VENTAS	15	1111	15	271	<b>3.65</b>
EXPERIENCIA ACRED.	5	2	0.67	15	5
OTROS FACTORES	5		3.5		5
TOTAL CALIFICACIÓN	<b>100</b>		<b>94.17</b>		<b>73.32</b>

4.3.3.2.1.7. También manifestaron los actores que según los numerales 8 y 10 inciso 4 del adendo 1 para determinar la calificación de los proponentes, en caso de personas jurídicas, uniones temporales o consorcios, se debían sumar los factores de evaluación de cada uno de los socios o miembros y dividirlo por el número de ellos, operación que no se efectuó para ningún proponente para favorecer a la sociedad ganadora.

Como bien lo sostienen los demandantes en el punto 8 del adendo 1, que modificó el numeral 10 del pliego de condiciones, se dispuso:

*8. Al punto 10 se le adicionan: 10.4 Tener registradas en la Cámara de Comercio las agencias ofrecidas, **para este efecto se tendrán en cuenta las agencias de los miembros de la unión temporal, consorcios y de los respectivos socios de las personas jurídicas.** 10.5 Suministrar las direcciones de cada uno de los puntos de venta ofrecidos (fl. 60, c. ppal) (se destaca).*

Por su parte, el numeral 10 del adendo 1 que modificó el numeral 11.4 del pliego, prescribió:

*10. El punto 11.4 quedará así: (...) // La fórmula de adjudicación de puntajes por factor a cada uno de los proponentes, se aplicará de la siguiente manera:*

*El puntaje asignado a un proponente en cada factor es igual a la cantidad o valor ofrecido por éste, multiplicado por el valor del puntaje en cada valor (señalado en el punto 11.3) y el producto así obtenido será dividido por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados.*

***Para efectos de determinar la calificación de la unión temporal y de los consorcios, se sumarán los factores de evaluación correspondientes a cada uno de sus miembros y se dividirá por el número de miembros que lo conforman*** (fl. 61, c. ppal) (se destaca).

De entrada se vislumbra ilegalidad frente a la exigencia de dividir la calificación de los consorcios y uniones temporales, en tanto el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 permite que se agrupen dos o más personas para **que en forma conjunta presenten una misma propuesta** para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, sin que por esa razón se pueda incorporar una limitación que desestime esa posibilidad de participación. Efectivamente, esta Corporación ha considerado frente a este tipo de sujetos de la contratación pública<sup>50</sup>:

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 15.188, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

*Los PROPONENTES ASOCIADOS, a través de consorcio o de uniones temporales, se constituyen en instrumento de fortalecimiento para aquellas personas que individualmente no alcanzan a ofertar, por sus condiciones propias, o para aquellas personas que teniendo suficiente posibilidad de oferta pretenden mejorar y aumentar sus condiciones; o como instrumento de dispersión del riesgo para amainar los efectos bien de no ser adjudicatario o bien de ser contratista del Estado.*

En los términos expuestos, resulta desbordado el hecho de que las intenciones de participación, bien para cumplir los mínimos<sup>51</sup> o fortalecer las condiciones exigidas, se vean frustradas al dividir el puntaje en razón del número de integrantes de la unión temporal o consorcio, lo que daría al traste con la posibilidad de participación en unos casos o conduciría a la disminución de las posibilidades de fortalecimiento, cuando la ley permite la participación conjunta para presentar una misma propuesta y no como si se tratara de una sola persona, puesto que para eso está la posibilidad de participar como persona natural o jurídica. Valga aclarar que la Corporación ha admitido que se imponga el peso de ciertas exigencias de los procesos de selección en uno de los integrantes de ese tipo de asociaciones, *verbigracia* exigir que la capacidad de contratación esté en su mayoría en uno de los integrantes de la unión temporal o consorcio<sup>52</sup>, pero de ello a dividir entre sus integrantes el puntaje otorgado a los factores de calificación existe una gran diferencia, en tanto desconoce la posibilidad de presentar una propuesta conjunta como la Ley lo permite.

La exposición de motivos del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública explicaba esa intención así<sup>53</sup>:

*Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada "ventaja comparativa" ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que*

---

<sup>51</sup> Algún sector de la doctrina estima lo contrario: DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., Bogotá, Segunda Edición, 2003, p. 72, al sostener: “Contrario a lo que se ha dicho, no es la razón de unir fuerzas pequeñas para cumplir con los requerimientos mínimos exigidos por la entidad, la razón natural de estas figuras. Es cierto que nada impide que así sea, obviamente en perjuicio de los intereses estatales, pero por sobretodo su inspiración estriba en la necesidad de unir fuerzas y especialidades diferentes en beneficio de la ejecución del contrato”.

<sup>52</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 15.188, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad se dijo: “Y se afirma así porque no son ciertas las acusaciones del demandante sobre: el exceso en el ejercicio de las funciones por parte del Gobernador del Tolima, las irregularidades de la licitación y la desviación de poder de los actos acusados. Por el contrario, las medidas administrativas contenidas en los actos acusados, tanto la de limitar el número máximo de consorciados o unidos temporalmente, como la determinación de la capacidad de contratación a razón de 51.1% frente a uno de los asociados responden al deber de planeación y de previsibilidad que debe tener en cuenta la entidad contratante a fin de seleccionar objetivamente al contratista”.

<sup>53</sup> Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992. Vista en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>. Consultada el 11 de febrero de 2014.

*puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsela. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios.*

En ese orden, es aún más contrario al principio de igualdad, el hecho de que el numeral 8 del adendo 1 permitiera que las agencias, tanto para uniones temporales, consorcios y sociedades se acreditaran con la de sus miembros o socios, respectivamente, y que sólo la evaluación de los consorcios y uniones temporales se sumaran por cada uno de sus miembros y luego se dividiera, cuando en el fondo tendrían un mismo supuesto, que radica en la satisfacción del requisito a través de sus miembros, para el caso de las personas jurídicas, sus socios, de lo que se impone un tratamiento igualitario frente a la cuestión.

Por consiguiente, bien podía sostenerse que como la satisfacción del número de agencias ofrecidas estaba en cabeza de los socios y no de la persona jurídica, el respeto del principio de igualdad imponía que la confección de esa exigencia permitiera la división de que trataba el numeral 10 del adendo 1 para todos los proponentes y no solamente para las uniones temporales y consorcios, como finalmente quedó; sin embargo, revisada la evaluación, se tiene que en ningún momento se le aplicó a la unión temporal de los actores dicha estipulación, como tampoco a la sociedad. En efecto, el consolidado de la evaluación quedó así:

FACTORES DE EVALUACIÓN	PUNTOS X FACTOR	ACERTAR LTDA		OCHOA Y VALENCIA ASOCIADOS	
No. CAJAS 1 AÑO	55	405	55	405	55
2 AÑO		455		455	
No. AGENCIAS	20	205	20	36	3.52
No. PUNTOS DE VENTAS	15	1188	15	71	0.9
EXPERIENCIA ACRED.	5	2	0.67	15	5
OTROS FACTORES	5		3.5		5
<b>TOTAL CALIFICACIÓN</b>	<b>100</b>		<b>94.17</b>		<b>69.42</b>

Como se observa, los guarismos corresponden a la primera parte del numeral 10 del adendo 1<sup>54</sup>. En esa medida, bien podría afirmarse que la demandada se apartó del estricto cumplimiento de los pliegos de condiciones, que siempre se impone a menos que, como sucede en el *sub lite*, se trate de una exigencia injusta, al imponer un tratamiento diferenciado sin sustento, donde opera una ineficacia de pleno derecho, en los términos del numeral 5 y del inciso final del artículo 24 de la Ley 80 de 1993<sup>55</sup>. Bajo ese entendimiento, resulta ajustado el comportamiento de la entidad demandada de abstenerse de aplicar la pluricitada regla.

<sup>54</sup> Ese numeral modificó el punto 11.4 así: “La fórmula de adjudicación de puntajes por factor a cada uno de los proponentes, se aplicará de la siguiente manera: El puntaje asignado a un proponente en cada factor es igual a la cantidad o valor ofrecido por éste, multiplicado por el valor del puntaje en cada valor (señalado en el punto 11.3) y el producto así obtenido será dividido por la cantidad o valor máximo ofrecido por cualquiera de los proponentes habilitados”.

<sup>55</sup> En lo pertinente la norma dispone: “5. En los pliegos de condiciones o términos de referencias: (...) b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. (...) Serán ineficaces de pleno derechos las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

Además, la aplicación como lo proponen los actores resulta desproporcionada. Efectivamente, los actores y los peritos hacen el mismo ejercicio (fls. 243 a 248, c. ppal), al aplicar la división de los puntajes a todos los participantes, lo cual no sólo comporta la creación de una exigencia, que de suyo resulta improcedente en este estadio, sino que desconoce la realidad de las propuestas. Efectivamente, para las agencias, se tendría que Acertar habría ofrecido 9.76, que es el producto de la división entre el número total ofrecido y el número de socios (205/21), mientras que los actores ofrecerían 18 agencias, como resultado de la división entre el número total propuesto y el número de integrantes (36/2), de lo que seguiría que el puntaje para cada uno de ellos sería 10.8 y 20, respectivamente. Es decir, en ese hipotético, quien ofrecía el menor número de agencias obtenía el mayor puntaje, operación inaceptable, en tanto es ajeno a las necesidades de la concesión, so pretexto de sobreponer la interpretación del proponente vencido, y, además, supone la aplicación extensiva de un criterio que el pliego no contempla.

4.3.3.2.1.8. La Sala se abstendrá de analizar los cuestionamientos frente a la evaluación de los factores financieros, en tanto así se calificara en este ítem con 0 puntos a la propuesta ganadora y con el máximo a la unión temporal de los actores, el resultado de la adjudicación se mantendría incólume, incluso, variando la calificación de las agencias y puntos de venta, con la disminución y adición sobre dichos factores en los términos que los actores solicitaron en su demanda, en concordancia con la relación efectuada en el documento de observaciones a la evaluación (ver *supra* 4.3.3.2.1.6.), tal como se observa en la siguiente tabla:

FACTORES DE EVALUACIÓN	PUNTOS X FACTOR	ACERTAR LTDA		OCHOA Y VALENCIA ASOCIADOS	
No. CAJAS 1 AÑO 2 AÑO	55	405 455	55	405 455	55
No. AGENCIAS	20	154	20	36	<b>4.67</b>
No. PUNTOS DE VENTAS	15	1111	15	271	<b>3.65</b>
EXPERIENCIA ACRED.	5	2	0.67	15	5
OTROS FACTORES (financiero)	5		<b>0</b>		5
<b>TOTAL CALIFICACIÓN</b>	<b>100</b>		<b>90.67</b>		<b>73.32</b>

4.3.3.2.1.9. Por último, de aceptarse que la exigencia contenida en el adendo 1 de especificar las direcciones de los puntos de venta resultaba desbordada, en tanto cumplirla en el término que quedaba para el cierre resultaba excesivo, daría lugar a su inaplicación, en el entendido de que se trataba de una regla injusta, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, siendo que su nulidad no fue pedida en la demanda; con todo, inaplicando esta exigencia, los puntajes darían como ganadora a la propuesta de la sociedad Acertar, incluso calificándola en "los otros factores" y las agencias como se hizo en el último recuadro (*supra* 4.3.3.2.1.8.). Efectivamente, la evaluación sería:

FACTORES DE EVALUACIÓN	PUNTOS X FACTOR	ACERTAR LTDA		OCHOA Y VALENCIA ASOCIADOS	
No. CAJAS 1 AÑO 2 AÑO	55	405 455	55	405 455	55
No. AGENCIAS	20	154	20	36	<b>4.67</b>
EXPERIENCIA ACRED.	5	2	0.67	15	5
OTROS FACTORES (financiero)	5		<b>0</b>		5
<b>TOTAL CALIFICACIÓN</b>	<b>100</b>		<b>75.67</b>		<b>69.67</b>

En los términos expuestos se impone negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, se revocará la decisión del *a quo*, para en su lugar disponer negar las pretensiones de la demanda.

4.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

#### **F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 17 de abril de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DECLARAR** no probada la objeción por error grave formulada por la parte demandada.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**CUARTO: SIN COSTAS**, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**QUINTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

#### **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Magistrada

**RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO**  
Magistrado