

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO – Incumplimiento – Pliego de condiciones

Se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración [art. 90 C.P.] cuando no se adjudica al oferente que, teniendo en cuenta los factores de escogencia y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos contenida en los pliegos de condiciones presenta la oferta que resulta ser la más ventajosa para la entidad, para en cambio adjudicarle a otro que no lo merecía o abstenerse de hacerlo sin mediar un hecho que impida la selección objetiva, razón por la que habrá de reparar a aquél el correspondiente daño antijurídico ocasionado como consecuencia de la adjudicación irregular de la licitación o la abstención ilegal de hacer la misma y la privación injusta del derecho de ser contratista del Estado.

PLIEGO DE CONDICIONES – Desfase – Reglas – Interpretación – Finalidad

El pliego de condiciones estableció en el numeral 8.5, que el objetivo del criterio comercial de la oferta es el de lograr su ajuste a los cálculos de consumo de talonarios proyectado por la Lotería de Boyacá, y que las propuestas que presenten desfase del 5% por encima o por debajo de los cálculos le implicará una reducción de cinco [5] puntos. [...] Así, interpretando razonablemente el contenido del numeral 8.5 del pliego de condiciones, para otorgarle un efecto práctico y útil a la disposición, conforme a su finalidad, encuentra la Sala que: [i] el pliego de condiciones indicaba claramente que para efectos de la evaluación de propuestas, se tendría en consideración el criterio comercial; [ii] la finalidad expresa de este criterio era lograr su ajuste a los cálculos de consumo de cajas proyectado por la Lotería de Boyacá, para que consultara la realidad de la demanda y evidenciara el conocimiento de los proponentes sobre la misma en cada una de las zonas licitadas; [iii] la fórmula matemática más razonable para calificar este criterio comporta que las propuestas que presenten un desfase del 5% por encima o por debajo de los cálculos se les habrá de reducir proporcionalmente cinco [5] puntos, dado que con ella es posible lograr el ajuste de las propuestas a los cálculos de consumo de cajas proyectado por la Lotería de Boyacá. [...] En este orden de ideas, concluye la Sala que la calificación otorgada [...] en el criterio comercial, es acorde con el sentido para el cual fue establecido en el pliego de condiciones.

CONTRATACION ESTATAL – Principio de selección objetiva – Principios – Transparencia – Igualdad – Imparcialidad - Buena fe – Economía – Responsabilidad – Principio de selección objetiva

El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-, constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad.

LICITACION PUBLICA – Procedimiento reglado – Normatividad aplicable

La licitación es un procedimiento reglado, sujeto a los principios y reglas jurídicas [artículos 24 numeral 5, 25 numeral 18, 29 y 30, numerales 1 a 12, Ley 80 de 1993], a través del cual se hace una invitación pública por parte de la administración para que los interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman, se elige la más favorable para los fines de la contratación, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante y contenidas en un pliego de condiciones preparado por ella que ha de cumplirse con rigor.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Actos precontractuales – Pliego de condiciones – Pliego de condiciones – Requisitos

La entidad estatal de manera previa a ordenar la apertura del proceso de licitación pública, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato debe elaborar el pliego de condiciones en el que definirá entre otros aspectos: [i] el objeto del proceso de selección, las especificaciones técnicas y las condiciones de costo, calidad y cantidades de los bienes, obras o servicios necesarios; [ii] las calidades y los requisitos que, en forma proporcional con el objeto definido, serán exigidas a los interesados en participar, [...] y [iii] los criterios de selección o factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, calidad, precio,

capacidad financiera etc. de acuerdo con lo dispuesto en la ley según el tipo de proceso de selección, y que considerados en su conjunto permitirán determinar la propuesta más favorable.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Noción – Requisitos – Carácter vinculante

El pliego de condiciones es un acto administrativo general que recoge las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras exigidas a los aspirantes a contratar, los criterios de selección del contratista y los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que deberán ser acatadas durante el proceso de formación de la voluntad contractual y en la ejecución del futuro negocio jurídico estatal. De ahí que, el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de la licitación pública y del contrato a celebrar con ocasión a él, toda vez que contiene la voluntad unilateral de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido, carácter vinculante y obligatorio del mismo que implica, por regla general, que una vez cerrada la licitación sean inalterables o inmodificables, con el fin de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de los oferentes.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Actos precontractuales – Acto de adjudicación

El Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, idónea de acuerdo con la legislación vigente (art. 85 del C.C.A. en concordancia con el párrafo primero del art. 77 de la Ley 80 de 1993) y ejercida en término legal (cuatro meses contados a partir de la comunicación del acto). [...] Además, le corresponde resolver el asunto, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988 para que asuma el conocimiento de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en segunda instancia. [...] De acuerdo con lo expuesto, esta Sala coincide con el Tribunal *a quo*, en cuanto que este cargo no tiene vocación de prosperar, y aún si de admitiera que el actor merecía 5 puntos por estar mal evaluado en este factor, no alcanzaría su puntaje para ocupar el primer lugar en la licitación pública, en consideración a que, [...] el proponente adjudicatario [...] cuya evaluación de la oferta es la que controvierte en este proceso, al no estar incorrectamente calificada la superaría de todas maneras en puntos.

CONTRATACION ESTATAL – Licitación Pública – Noción

La licitación es un procedimiento reglado, sujeto a los principios y reglas jurídicas, a través del cual se hace una invitación pública por parte de la administración para que los interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman, se elige la más favorable para los fines de la contratación, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante y contenidas en un pliego de condiciones preparado por ella que ha de cumplirse con rigor.

ACTOS PRECONTRACTUALES – Adjudicación – Criterios de evaluación – Capacidad Financiera – Término – Inscripción proponente – Cámara de Comercio

Ahora bien, el hecho de que el proponente adjudicatario hubiese rendido la declaración [...] con posterioridad a la apertura del proceso de selección y previamente a su cierre no le resta eficacia para haber sido valorada dentro del proceso de la licitación pública a efectos de analizar la capacidad financiera, por cuanto, como se anotó a propósito del requisito de inscripción del proponente en la Cámara de Comercio, es hasta el cierre de la licitación que existe la oportunidad de acreditar los requisitos exigidos en el pliego de condiciones con la oferta. [...] también advierte que no es acertada la afirmación del impugnante, según la cual no existe coincidencia entre los datos consignados en los documentos financieros mencionados, toda vez que olvida y no tiene en cuenta que la declaración de renta hace referencia a la vigencia fiscal del año de 1995 y el balance general es con corte a 30 de junio de 1996, es decir, del año siguiente, tiempo durante el cual es justificado que se presente una variación de los resultados de la operación de la actividad económica del proponente adjudicatario en desarrollo de su labor comercial.

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

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH (E)

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 15001-23-31-000-1996-06610-01(21492)

Actor: APUESTAS SUAMOX LTDA.

Demandado: LOTERIA DE BOYACA

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (ASUNTOS CONTRACTUALES)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de 29 de marzo de 2001, dictada por el Tribunal Administrativo de Descongestión-Sede Bogotá, Sección Tercera, mediante la cual se decidió negar las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

En 1996, la Lotería de Boyacá adelantó la licitación pública n.º 002 para la concesión del juego de apuestas permanentes (chance) en el departamento de Boyacá, proceso en el cual participó la sociedad Apuestas Suamox Ltda., quien considera que existen vicios en la adjudicación en tanto ella debió ser la adjudicataria del contrato licitado, lo cual no ocurrió, a su juicio, porque la administración evaluó en forma errónea su oferta respecto del criterio comercial, y porque, al estudiar la oferta del proponente adjudicatario, desconoció que debía estar inscrito en la Cámara de Comercio antes de la apertura de licitación pública y además evaluó irregularmente su capacidad financiera. Sin embargo, la actora en el *sub lite* no demostró los vicios alegados.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 20 de noviembre de 1996, la sociedad Apuestas Suamox Ltda. presentó demanda en contra de la Lotería de Boyacá, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (f. 149–161, c. 1), en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que es nula la Resolución No. 1669 de fecha octubre 2 de 1996, emanada de la LOTERÍA DE BOYACÁ, mediante la cual se adjudica la Licitación Pública No. 002 de 1996, para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes (Chance), en su artículo Primero numeral Tercero.

2.- Que como consecuencia de la declaración anterior la LOTERÍA DE BOYACÁ, deberá pagar a título de restablecimiento del derecho la suma de dinero que como utilidad de la Explotación del Juego de Apuestas Permanentes (chance), del Departamento de Boyacá, Zona III, Cabecera de Sogamoso, devengaría la Sociedad "APUESTAS SUAMOX LIMITADA", durante los dos (2) años que es el término de duración del contrato.

3.- Que como consecuencia de la anterior Pretensión se condene a pagar a la LOTERÍA DE BOYACÁ, a título de el (sic) restablecimiento del derecho, por concepto del daño emergente, el valor correspondiente a la pérdida adquisitivo (sic) del Peso colombiano, entre la fecha en que se haría efectiva la adjudicación y las utilidades como consecuencia de la explotación del chance y la fecha que se pague.

4.- Que también a título de el Restablecimiento del Derecho, como reparación del Lucro Cesante, se condene a la LOTERÍA DE BOYACÁ, a pagar a mi mandante, las cantidades que correspondan al valor de los intereses comerciales de las sumas que se condene por concepto de Daño Emergente, desde la fecha en que se debía adjudicar la Licitación, hasta que se haga efectiva la Sentencia por parte de la demandada.

5.- Que la LOTERÍA DE BOYACÁ, queda obligada a dar cumplimiento a la Sentencia dentro del término señalado por el Artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, y que reconocerá los intereses de que trata el artículo 177 ibídem, inciso final a partir del momento de la ejecutoría de la Sentencia.

2. En apoyo a sus pretensiones, la parte actora relató que participó en la licitación pública número 002 de 1996, para la concesión del juego de apuestas permanentes (chance), abierta por el departamento de Boyacá, el día 24 de agosto de 1996, y que no fue adjudicataria porque se desconocieron los criterios de evaluación fijados en el pliego de condiciones y los requisitos exigidos para licitar señalados en los avisos de convocatoria. Como soporte fáctico narró en la demanda lo siguiente:

2.1. Adujo que en el cuadro evaluativo la propuesta de Apuestas Suamox Ltda. fue calificada así: criterio administrativo: 6 puntos; capacidad financiera: 25 puntos; experiencia y cumplimiento: 20 puntos; conocimiento de la zona: 16 puntos, y criterio comercial: 10 puntos, de acuerdo con los criterios fijados en los pliegos de condiciones.

2.2. Enfatizó que fue calificado en el punto 8.5 de los pliegos de condiciones (criterio comercial) con 10 puntos de los 20 posibles, bajo el argumento de que la calidad comercial de la propuesta pretende probar el conocimiento del mercado actual y potencial de la zona, de manera que por cada 5% de desfase de la propuesta por encima o por debajo del presupuesto oficial de la Lotería de Boyacá, perdería 5 puntos, interpretación que según señaló la entidad demandada fue aplicada a todos los proponentes sin discriminación alguna.

2.3. Señaló que con base en la anterior interpretación fue mal calificada su propuesta, teniendo en cuenta que: (i) según el estudio hecho por la Lotería de Boyacá en la resolución n.º 0799 de 1996, en la zona III -Cabecera de Sogamoso- el consumo mensual promedio de formularios era de 128.916; (ii) la sociedad Suamox Ltda. ofreció 140 000 formularios por mes, que equivale a la cantidad de 134.4 cajas, con un consumo mensual de 5.6 cajas, discriminadas en 2 800 talonarios por mes ofrecidos en la propuesta; (iii) el 5% del desfase hacia arriba o hacia abajo, a partir del cual se restan al licitante los 5 puntos es: $128\,916 \times 5\% = 6\,445.8$; (iv) es decir, a partir del 5% hacia arriba se comienzan a descontar 5 puntos, o sea a partir de 135 361,8 formularios; el 5% de lo anterior sería: $135\,361.8 \times 5\% = 6\,768$, para un total de 142 129.

2.4. Indicó que, así las cosas, se concluye que la sociedad Apuestas Suamox Ltda., al ofrecer 140 000 formularios estaría en el 5% hacía arriba y, en consecuencia, sólo podía la Lotería de Boyacá descontarle 5 puntos y no 10 como lo hizo, razón por la cual el puntaje real de su oferta es de 88 puntos, siendo entonces beneficiaria de la adjudicación.

2.5. Agregó que el licitante adjudicatario, William Caro Cristancho, se inscribió en la Cámara de Comercio de Boyacá el 12 de septiembre de 1996, con posterioridad al 4 de septiembre de 1996, que era la fecha de apertura, motivo por el cual no reunía los requisitos para participar.

2.6. Sostuvo que de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones el criterio de capacidad financiera se evaluaría con base en los balances y declaraciones de renta, pero, según la información de la DIAN, el señor William Ernesto Caro Cristancho no era sujeto tributario y nunca había presentado declaración de renta, luego la calificación a él otorgada de 22 puntos sobre 25 en el criterio capacidad financiera, es contraria al pliego de condiciones.

3. Los hechos anteriores, a juicio de la actora, permiten concluir que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por desviación de poder y por violación de los artículos 29 y 273 de la Constitución Política; 24 numerales 6 y 8, 28, 29 y 30 numerales 3 y 10 de la Ley 80 de 1993, porque: (i) la Lotería de Boyacá no tuvo en cuenta para la adjudicación los procedimientos establecidos en la ley y el pliego de condiciones, al no otorgar a Apuestas Suamox Ltda. el puntaje que merecía en la licitación y si evaluó por fuera del pliego de condiciones y la ley al señor William Ernesto Caro Cristancho; (ii) la Lotería de Boyacá negó la realización de la audiencia pública para la adjudicación solicitada; (iii) el señor William Ernesto Caro Cristancho fue evaluado desconociendo las condiciones consagradas en los avisos de apertura de la licitación para poder participar, en particular, la de encontrarse inscrito antes de la fecha de apertura de la licitación; (iv) a la licitante Apuestas Suamox Ltda. le fue aplicada subjetivamente una fórmula no consagrada en los avisos ni en los pliegos de condiciones, frente al criterio de evaluación comercial de la oferta, que de haber sido evaluado correctamente la sitúa por encima de todos los demás licitantes y, por ende, beneficiaria de la licitación pública 002 de 1996; (v) la Lotería de Boyacá no se sujetó al principio de buena fe e igualdad en la adjudicación de la licitación; (vi) la Lotería de Boyacá desconoció el procedimiento de selección, dado que las mencionadas disposiciones ordenan que los avisos contengan la información sobre el objeto y las características esenciales de la respectiva licitación; (vii) en suma, la Lotería de Boyacá permitió participar al licitante ganador y evaluó sin tener en cuenta la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

II. Trámite procesal

4. La entidad demandada **contestó la demanda** (f. 188-189 c.1) y se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y en particular afirmó que la Lotería de Boyacá: (i) respetó el debido proceso, toda vez que permitió a Apuestas Suamox Ltda. conocer las condiciones de la licitación pública y expresar sus opiniones sobre la misma, y se ciñó a los procedimientos y etapas consagradas en la Constitución Política, la ley y el respectivo pliego de condiciones; (ii) no vulneró el artículo 273 de la C.P. ni el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, porque según el artículo 5 del Decreto 287 de 1996, la decisión de adjudicar la licitación en audiencia pública procede cuando se solicita por el contralor general de la República o de oficio lo resuelve la entidad estatal, en cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad y en ningún caso puede ser utilizada por los oferentes para revivir el plazo que les otorga la ley para formular observaciones a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad estatal; (iii) no transgredió el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en tanto: (a) la evaluación del proponente adjudicatario de la licitación no se hizo de acuerdo con los avisos de la licitación sino como lo exigía el pliego de condiciones, siendo este último ley del proceso y, por lo mismo, el que obliga a las partes, y (b) el numeral 6 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993 no exige para los contratos de concesión estar registrado en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio y sí se exigió que lo estuviera fue para acreditar la representación legal y el capital declarado; (iv) no actuó con desviación de poder en la adjudicación de la licitación porque la Lotería de Boyacá se ciñó al procedimiento previsto en la Ley 80 de 1993 y a las normas que regularon el proceso licitatorio, buscando siempre la defensa de los intereses de la empresa; (v) no pretermitió el artículo 29 *ibídem*, porque en la evaluación de la propuesta se aplicaron los criterios previstos en el pliego de condiciones con absoluta imparcialidad y transparencia, y en ese contexto el criterio comercial se aplicó por igual a todos los proponentes; (vi) no vulneró el artículo 28 *ejusdem*, dado que este sólo tiene aplicación en la interpretación de las cláusulas contractuales y la demanda se refiere a la nulidad del acto de adjudicación; (vii) no violó el artículo 30 numerales 2 y 3 *ibídem*, por cuanto la adjudicación al señor William Ernesto Caro Cristancho fue objetiva, movida por el interés público o social y sin consideraciones de índole subjetivo o personal.

5. Mediante proveído de 21 de junio de 2000 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión**, etapa en la cual intervino la demandante para señalar que se encontraba probado que el señor William Ernesto Caro Cristancho para las fechas fijadas en los avisos de la licitación no llenaba los requisitos exigidos para presentarse a la licitación y no tenía solidez financiera, dado que: (i) no se encontraba inscrito en la Cámara de Comercio para la fecha de la apertura de la licitación pública, según certificado de la Cámara de Comercio; (ii) fue sujeto tributario para el año gravable de 1995 y declaró renta en forma extemporánea el 12 de septiembre de 1996, es decir, después de la apertura de la licitación pública y con el único propósito de participar en ella; (iii) manifestó -bajo la gravedad de juramento- que para el año de 1996 no tenía experiencia en el manejo de apuestas permanentes y que efectivamente declaró renta el 12 de septiembre de 1996 para el año de 1995, de lo cual se deduce que se convirtió en sujeto tributario después de la apertura de la licitación pública. Por lo anterior, estima que la calificación real de la licitación debió haber sido: "*Apuestas Suamox Ltda., 95 puntos; Carlos Acelas 84 puntos; y Caro Cristancho William Ernesto, debería haber sido excluido, pero en aras de evaluarlo tendría 71 puntos como máximo, puesto que no podría tener el puntaje en el criterio financiero, sin descontar el certificado de Cámara de Comercio extemporáneo*" (f. 219 a 221 c.1).

6. El Tribunal Administrativo de Descongestión-Sede Bogotá, Sección Tercera, el 29 de marzo de 2001, profirió la **sentencia** objeto de impugnación (f. 226–240, c. ppl.) y en ella resolvió negar las pretensiones de la demanda.

6.1. Señaló que el cargo por indebida calificación de la oferta no podía prosperar habida cuenta que *“Apuestas Suamox Limitada, según consta en el proceso licitado para la zona III con una propuesta económica de 134.6 cajas en los dos años (f. 171), esto es de 5,6 cajas por mes, lo cual significa que presentó la propuesta con un desfase de 0,6 cajas por mes, que equivale al 11% por encima del estudio realizado por la entidad, lo que implicaba que en la evaluación debían restársele 10 puntos por este concepto al licitante, como en efecto ocurrió”*.

6.2. Consideró, luego de analizar lo previsto en el pliego de condiciones (numerales 1.2. y 4.2) y en la oferta de William Ernesto Caro Cristancho, que no era de recibo el argumento de la actora según el cual el adjudicatario no había cumplido con el requisito de inscripción de la Cámara de Comercio, pues al momento de presentar la propuesta sí lo estaba, como quiera que había realizado dicha inscripción el 12 de septiembre de 1996, esto es, antes del cierre de la licitación.

6.3. Estimó que la evaluación del proponente adjudicatario *“se realizó acorde con los puntajes establecidos en cada uno de los criterios y en el de capacidad financiera el señor William Caro fue evaluado con 22 puntos. Esta evaluación [agregó] se realizó con base en el balance presentado por el adjudicatario, así como en su declaración de renta, documentos que según consta en el proceso se adjuntaron con la propuesta presentada”*.

6.4. Afirmó que la Lotería de Boyacá no desconoció los lineamientos establecidos en el pliego de condiciones y en la Ley 80 de 1993, y si bien es cierto en los avisos se hace referencia a la inscripción en la Cámara de Comercio antes de la fecha de la apertura de la licitación, ha de entenderse, en armonía con el pliego de condiciones, que la inscripción se refiere al acto público de apertura, porque el cierre de la licitación y el vencimiento para presentar propuestas es uno solo y reside allí el límite para presentar la documentación exigida en el pliego de condiciones y solo hasta ese momento es posible hacer las verificaciones correspondientes.

6.5. Concluyó que no desconoció el principio de selección objetiva (art. 29 Ley 80 de 1993) ni el principio de transparencia (art. 24 *ibídem*) que orientan la contratación estatal, toda vez que la licitación n.º 002 de 1996 se ajustó a los procedimientos establecidos en la Constitución Política, la ley y el pliego de condiciones.

6.6. Indicó -finalmente- que el hecho de que la administración no hubiese accedido a realizar audiencia pública para la adjudicación del contrato, no configura una violación del artículo 274 de la C.P., por cuanto es al contralor general de la República y demás autoridades que ejercen control fiscal quienes deciden la realización de dicha audiencia.

7. Contra la sentencia de primera instancia la demandante interpuso oportunamente **recurso de apelación** (f. 247 c. ppl.), con el fin de que sea revocada y se reconozcan las pretensiones de la demanda, solicitudes que sustentó (f. 254-260 c. ppl.) a partir de las siguientes consideraciones:

7.1. Adujo que la sentencia de primera instancia desconoció la fórmula matemática consagrada en el punto 8.5 de los pliegos de condiciones, porque del máximo de 20 puntos otorgados al criterio comercial únicamente se podían deducir 5 puntos, siempre y cuando estuviese en proporcionalidad al desfase (por encima o por debajo de los cálculos de consumos de talonarios proyectados por la Lotería de Boyacá), lo que significa que a la propuesta de Apuestas Suamox Ltda. solamente podía deducírsele 5 puntos, con lo cual obtendría una calificación para este ítem de 15 puntos y *“por lo tanto sumaría un total de 82 puntos, suficientes para ser adjudicatario del contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes de la zona III, cabecera Sogamoso, contenido en la Licitación Pública No. 002 de 1996”*. En otras palabras, *“el desfase del 5% opera hacia arriba o hacia abajo, pero después de agotada esa franja, es decir que quien tiene un desfase igual o inferior al 5 no tendría descuento en puntos, de esa franja en adelante tendría lugar el descuento en puntos pero proporcionalmente al desfase tal como lo ordena el pliego de condiciones”*.

7.2. Manifestó que el Tribunal *a quo* interpretó erróneamente la condición que la Lotería de Boyacá impuso en las publicaciones y en los pliegos de condiciones para poder participar en la licitación pública, en el sentido de que era indispensable que la firma proponente se encontrara debidamente inscrita antes de la fecha de apertura de la licitación en la Cámara de Comercio, y como el señor William Ernesto Caro Cristancho se inscribió el 12 de septiembre de 1996 y la licitación se abrió el 4 de septiembre de 1996, no cumplió con este requisito.

7.3. Añadió que el Tribunal *a quo*, frente al criterio de capacidad financiera, no tuvo en cuenta que el señor William Ernesto Caro Cristancho presentó, de una parte, la declaración de renta correspondiente al año de 1995 el 12 de septiembre de 1996 y solamente para participar en la licitación; y de otra parte, *“un balance a 30 de junio de 1996, que no concuerda con la declaración de renta de 1995 en ninguno de sus tópicos”*, pues *“se nota la contradicción entre los activos y pasivos”*, de manera que la Lotería de Boyacá erróneamente evaluó dicha capacidad financiera con 22 puntos sobre un máximo de 25, situación absolutamente irregular, ya que sus soportes no denotan esa capacidad.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, idónea de acuerdo con la legislación vigente (art. 85 del C.C.A. en concordancia con el parágrafo primero del art. 77 de la Ley 80 de 1993¹) y ejercida en término legal (cuatro meses contados a partir de la comunicación del acto)².

¹ Es de anotar que la acción ejercida es la idónea por cuanto así lo consagra el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 -vigente desde el 1º de enero de 1994-, tal y como al respecto se ha pronunciado la Jurisprudencia de la Corporación (Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de junio de 2011, expediente 19936, CP. Ruth Stella Correa Palacio).

² La definición de la acción idónea, como lo ha señalado la jurisprudencia, *“es vital para el análisis del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en cuyo parágrafo, y en desarrollo de la teoría de los actos separables del contrato, habilita este tipo de acción contra dicho acto ‘conforme a la reglas del código contencioso administrativo’*. Y, resulta medular el tema porque para la época de presentación de la demanda, era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de

9. Además, le corresponde resolver el asunto, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988 para que asuma el conocimiento de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en segunda instancia. En 1996, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de nulidad y restablecimiento del derecho fuera conocido por esta corporación era de \$3080000 –artículos 129 y 132 del C.C.A., subrogados por el Decreto 597/88– y la mayor de las pretensiones fue estimada en la demanda en la suma de \$ 83615580 (f. 135 c. 1).

II. Hechos probados

10. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados cronológicamente los siguientes hechos relevantes:

10.1. El 16 de agosto de 1996, mediante resolución n.º 1302, el gerente de la Lotería de Boyacá ordenó la apertura de la licitación pública n.º 002, con el objeto de recibir propuestas para la contratación, por el sistema de concesión, de la explotación de juegos de apuestas permanentes “Chance”, con premios en dinero, bajo la supervisión, control y dirección de esa entidad y con los formularios oficiales suministrados por ella. La fecha de apertura se fijó para el día 4 de agosto de 1996, a las 10:00 a.m. y de cierre para el día 13 de septiembre, a las 3:00 p.m. (f. 119-120 c. 1).

10.2. Los días 16 y 22 de agosto de 1996, la Lotería de Boyacá publicó dos avisos en un diario de amplia circulación nacional (vid. f.1-2-64-97 c.1), en los cuales informó las fechas de apertura y de cierre de la licitación pública n.º 002, el lugar, el valor de los pliegos de condiciones, la entrega de ofertas y los criterios. Igualmente, en cuanto a los participantes señalaron: “[p]odrán participar en la licitación todas las firmas nacionales o extranjeras que se encuentren debidamente inscritas antes de la fecha de apertura de la Licitación en la Cámara de Comercio”.

10.3. La Lotería de Boyacá elaboró el pliego de condiciones a regir en el proceso de selección de la licitación pública n.º 002 de 1996 (f. 45-69 c.2). De su contenido se destacan las siguientes disposiciones:

1.1. OBJETO

1989- el que señalaba en cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso, el plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 ejusdem, bajo cuya égida se demandaban también los actos precontractuales, como lo tenía precisado la jurisprudencia, tema que se cambió drásticamente por cuenta de la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo la Ley 446 de 1998 para reducir a treinta (30) días el término para intentar la acción” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio). Así las cosas, en este evento si bien no obra prueba de la fecha en que le fue comunicada a la actora la resolución n.º 1669, expedida por la Lotería de Boyacá, mediante la cual se adjudica la licitación pública n.º 002 de 1996, para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes (Chance), que se cuestiona parcialmente (en su artículo primero numeral tercero), lo cierto es que la acción se ejerció en tiempo, pues ni siquiera entre la fecha de expedición del acto demandado, el 2 de octubre de 1996, y la de la presentación de la demanda, el 20 de noviembre de 1996, había transcurrido un término de cuatro (4) meses.

La Lotería de Boyacá está interesada en recibir propuestas para la adjudicación del contrato de concesión de apuestas permanentes, mediante la asignación de cupos para explotar el juego de chance, en el Departamento de Boyacá de acuerdo con la zonificación [once zonas] establecida en el numeral 2 del presente pliego de condiciones para un período de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha de legalización del nuevo contrato.

1.2. APERTURA Y CIERRE DE LA LICITACIÓN

La presente licitación se abrirá el día miércoles 4 de septiembre de 1996 a las 10:00 A.M., fecha y hora en que se procederá a cerrar la urna bivalente que para el depósito de las propuestas se ubicará en la Secretaría General de la Lotería de Boyacá (...). Se cerrará el viernes 13 de septiembre a las 3:00 P.M. del mismo año (...).

1.3. PARTICIPANTES

*Podrán presentar propuesta todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que acrediten los requisitos exigidos en los presentes términos de referencia y que se encuentren habilitados para contratar.
(...)*

2. ZONIFICACIÓN DEPARTAMENTAL PARA LAS PROPUESTAS

*ZONA III: Cabecera en Sogamoso, comprende los municipios de: Aquitania, Cuitiva, Firavitoba, Gameza, Iza, Labranzagrande, Mongua, Monguít, Pajarito, Pesca, Tópaga y Tota.
(...)*

3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

3.11. CAJAS

Es aquella que contiene quinientos (500) talonarios de cincuenta (50) formularios en original y copia cada una, para un total de veinticinco mil (25.000) formularios por caja para el juego de apuestas permanentes.

3.12. OFERTA

Consiste en el ofrecimiento por parte del proponente de adquirir de la Lotería de Boyacá durante el término de concesión un número determinado de talonarios oficiales requeridos para la ejecución del contrato, el que estará basado en el conocimiento que sobre el juego de chance posea de la zona a licitar.

4. CONDICIONES PARA PRESENTAR PROPUESTAS

(...)

4.2 CONDICIONES ESPECIALES

4.2.1. PERSONAS NATURALES

- *Acreditar la inscripción en la Cámara de Comercio en la cual aparezca la representación legal y capital declarado y registro de proponente si existiere.*

(...)

6. PROPUESTA

Se considerará las más conveniente, de acuerdo con las condiciones establecidas en el presente pliego.

6.1. PROPUESTA BÁSICA

La propuesta básica contempla la explotación del juego de apuestas permanentes (chance), como concesionario para una (1) de las zonas del departamento de Boyacá, conforme a la zonificación presentada en el numeral 2. del presente pliego de condiciones.

NOTA: La lotería optará por otorgar la concesión a dos (2) proponentes para las zonas de la I a la VIII, como mecanismo para fomentar la sana competencia en la explotación del juego, de contrarrestar las arbitrariedades que implica el monopolio como tal, de ejercer mayor control y de propugnar por el incremento de los recursos para el sector salud. La segunda adjudicación se hará teniendo en cuenta el segundo (2) mejor calificado.

Las condiciones mínimas para aceptar ofertas en esta licitación serán las siguientes:

- Proponer un número de puntos de venta posible a utilizar en el desarrollo del ejercicio comercial.
- En la oferta cada proponente indicará el número de cajas a demandar de la Entidad concedente durante los veinticuatro (24) meses del contrato, discriminando consumo mensual, y con un valor máximo apostable por formulario de quinientos (\$500,00) pesos m/cte.
- Los proponentes deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en este pliego de condiciones.
- Los proponentes podrán presentar alternativas y excepciones técnicas y económicas no inferiores a las condiciones exigidas en la propuesta básica, siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamiento para la adjudicación (art. 30, numeral 6 Ley 80 de 1993).

7. DOCUMENTOS QUE DEBE CONTENER LA PROPUESTA

La propuesta deberá presentarse en orden, organizada, debidamente foliada con los siguientes documentos:

7.1 PERSONAS NATURALES

(...)

- Registro de inscripción como comerciante en Cámara de Comercio y registro de proponentes si existiere. Si es o fue concesionario de apuestas permanentes deberá anexar registros mercantiles de los establecimientos de comercio donde esté inscrito, explote o haya explotado el juego de chance.

(...)

- Copia de la declaración de renta a 31 de diciembre de 1995, cuyo patrimonio líquido sea superior a (\$20.000.000.00) y balance general a 30 de junio de 1996, suscrito por contador público matriculado.

7.2. PERSONAS JURÍDICAS

Además de las anteriores las siguientes:

- Certificado de constitución, existencia y representación legal de la personería jurídica que participa, expedido por la Cámara de Comercio, en el que se indique claramente: 1. Objeto Social. 2. Nombre del Representante Legal. Término de duración y 4. Capital de la sociedad.

8. CRITERIOS QUE SE TENDRÁN EN CUENTA PARA ADJUDICAR

Los criterios serán los de selección objetiva del contratista. Su evaluación se realizará sobre un total de cien (100) puntos, de acuerdo con los siguientes factores:

Criterio Administrativo	10 Puntos
Capacidad financiera	25 Puntos
Experiencia y cumplimiento	20 Puntos
Conocimiento de la Zona	25 Puntos
Criterio comercial de la oferta	20 Puntos
TOTAL	100 Puntos

8.1. CRITERIO ADMINISTRATIVO

Se evaluará la capacidad administrativa del proponente para lo cual se tendrá en cuenta la organización de personal y la infraestructura de las oficinas y equipos o locales del oferente para el funcionamiento del juego de apuestas permanentes.

- *Equipo de oficina y sistematización:* Se describirán los equipos de oficina y sistemas que posea actualmente y en caso de ser favorecido, con qué equipos contará la explotación del juego de suerte y azar.

Su calificación se hará sobre un total de diez (10) puntos.

8.2. CAPACIDAD FINANCIERA

En este aspecto se evaluará los balances y declaraciones de renta, para determinar la solvencia económica el nivel de endeudamiento y liquidez que presente y esté en consonancia a la propuesta presentada, así:

- $RAZÓN\ CORRIENTE = (ACTIVO\ CORRIENTE / PASIVO\ CORRIENTE) \times 100.$

	PUNTAJE
a. Guarismos de 0-100	2
b. Guarismos de 101-150	4
c. Guarismos de 151-200	6
d. Guarismos de 201-250	8
e. Guarismos de 251 en adelante	10

- SOLVENCIA= (PATRIMONIO/ ACTIVO TOTAL) X 100

	PUNTAJE
a. Guarismo de 0-20	2
b. Guarismo de 21-40	4
c. Guarismo de 41-60	6
d. Guarismo de 61-80	8
e. Guarismo de 81-100	10

- NIVEL DE ENDEUDAMIENTO = (TOTAL PASIVO CON TERCEROS/TOTAL ACTIVO) X 100

	PUNTAJE
a. Guarismo de 0-20	5
b. Guarismo de 21-40	4
c. Guarismo de 41-60	3
d. Guarismo de 61-80	2
e. Guarismo de 81-100	1

Si de acuerdo con el análisis de los estados financieros y demás documentos que aporte a la propuesta, a juicio de la Lotería de Boyacá la situación financiera del proponente no es sólida o la concesión objeto de esta licitación está por encima de sus recursos y capacidades financieras, la propuesta correspondiente será eliminada.

8.3. EXPERIENCIA Y CUMPLIMIENTO

En este aspecto se observará que el oferente cuente con una experiencia comprobada en materia de ejecución de contratos anteriores y cumplimiento con entidades financieras y el sector comercial, lo que se considerará necesario para garantizar la adecuada ejecución del contrato referenciado. Se tendrá criterio de evaluación la presentación de certificaciones en la ejecución de contratos con el sector público y de referencias bancarias y comerciales.

8.4. CONOCIMIENTO DE LA ZONA

Se trata de evaluar el conocimiento de la zona a explotar por parte del proponente, a efectos de buscar los mecanismos más adecuados que permitan explotar al máximo los municipios, teniendo en cuenta su población, extensión territorial, potencialidad de jugadores y demás características propias. La calificación partirá de la certificación del domicilio del proponente en cualquiera de los municipios de zona por un período no inferior a cinco (5) años.

8.5. CRITERIO COMERCIAL DE LA OFERTA

El objetivo del criterio comercial es el de lograr que éste se ajuste a los cálculos de consumo de talonarios proyectado por la Lotería de Boyacá. Las propuestas que presenten desfase del 5% por encima o por debajo de los cálculos le implicará una reducción de cinco (5) puntos.

NOTA: En el evento de que un solo proponente presente como oferta un número igual de cajas a adquirir a lo establecido en el estudio de la Lotería

de Boyacá y según lo determinado en el numeral 6.1 del Pliego deba seleccionarse a dos proponentes, la Lotería adjudicará el consumo proporcionalmente a la calificación obtenida por cada uno de ellos.

(...)

11. ADJUDICACIÓN

La Lotería de Boyacá se reserva el derecho de adjudicar la presente licitación por motivos de conveniencia pública e interés para el sector salud, de conformidad con lo estipulado en las normas aplicables a la contratación para la explotación de juego de apuestas permanentes.

Elaborada el acta de calificación, el Gerente procederá a estudiar las recomendaciones y mediante resolución motivada adjudicará al proponente la concesión de la respectiva zona. Providencia que se notificará personalmente en la forma y términos legales al adjudicatario. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a las partes.

10.4. El día 13 de septiembre de 1996, para la zona III-cabecera de Sogamoso (cuya adjudicación se cuestiona) se presentaron seis (6) propuestas en el referido proceso de selección, correspondientes a: (i) Álvaro Rincón Martínez; (ii) William Ernesto Caro; (iii) Carlos A. Acelas, (iv) Apuestas Suamox Ltda., (v) José Eccehomo Báez Rojas, y (vi) Jaime Enrique Jiménez Calvo (cfr. acta de apertura y cierre y de las ofertas a f. 169-172 c. ppl.).

10.5. El 17 de septiembre de 1996, la Lotería de Boyacá, a través del Comité Evaluador, realizó la respectiva evaluación y calificación de las propuestas presentadas en la licitación pública n.º 002 de 1996 (f. 173-183 c. ppl.), con los siguientes resultados para la zona III-cabecera de Sogamoso:

ALVARO RINCÓN RÁMIREZ:

<i>Criterio administrativo</i>	<i>5 puntos</i>
<i>No tiene sistemas ni supervisores</i>	
<i>Capacidad financiera</i>	<i>25 puntos</i>
<i>Experiencia y cumplimiento</i>	<i>20 puntos</i>
<i>Conocimiento zona</i>	<i>0 puntos</i>
<i>No presenta certificado de domicilio, ni población, ni extensión territorial</i>	
<i>Criterio comercial</i>	<i><u>20</u> puntos</i>
<i>Total</i>	<i>70 puntos</i>

WILLIAM ERNESTO CARO:

<i>Criterio administrativo</i>	<i>10 puntos</i>
<i>Capacidad financiera</i>	<i>22 puntos</i>
<i>Experiencia y cumplimiento</i>	<i>20 puntos</i>
<i>Conocimiento zona</i>	<i>16 puntos</i>
<i>Criterio comercial</i>	<i><u>20</u> puntos</i>
<i>Total</i>	<i>88 puntos</i>

CARLOS A. ACELAS:

<i>Criterio administrativo</i>	<i>8 puntos</i>
--------------------------------	-----------------

<i>No relaciona vehículos</i>	
<i>Capacidad financiera</i>	25 puntos
<i>Experiencia y cumplimiento</i>	15 puntos
<i>Presenta un solo contrato con el sector oficial</i>	
<i>Conocimiento zona</i>	16 puntos
<i>No presenta certificado de domicilio, ni población, ni extensión territorial</i>	
<i>Criterio comercial</i>	<u>15 puntos</u>
<i>No posee certificación de residencia comercial</i>	
Total	79 puntos

APUESTAS SUAMOX:

<i>Criterio administrativo</i>	6 puntos
<i>No relaciona vehículos ni supervisores</i>	
<i>Capacidad financiera</i>	25 puntos
<i>Experiencia y cumplimiento</i>	20 puntos
<i>Conocimiento zona</i>	16 puntos
<i>Presenta un certificado de residencia más no de residencia comercial</i>	
<i>Criterio comercial</i>	<u>10 puntos</u>
Total	77 puntos

JOSÉ ECCEHOMO BÁEZ ROJAS:

<i>Criterio administrativo</i>	5 puntos
<i>No relaciona vehículos</i>	
<i>Capacidad financiera</i>	17 puntos
<i>Experiencia y cumplimiento</i>	20 puntos
<i>Conocimiento zona</i>	12 puntos
<i>No presenta certificado de residencia</i>	
<i>Criterio comercial</i>	<u>20 puntos</u>
Total	74 puntos

JAIME ENRIQUE JIMÉNEZ CALVO:

<i>Criterio administrativo</i>	8 puntos
<i>No tiene sistemas ni supervisores</i>	
<i>Capacidad financiera</i>	21 puntos
<i>Experiencia y cumplimiento</i>	20 puntos
<i>Conocimiento zona</i>	7 puntos
<i>No presenta certificado de residencia, ni estudio de la zona</i>	
<i>Criterio comercial</i>	<u>20 puntos</u>
Total	76 puntos

De conformidad con lo anterior, el Comité Evaluador recomendó adjudicar el contrato licitado a la propuesta que obtuvo el mayor puntaje.

10.6. Mediante oficio de 27 de septiembre de 1996, la sociedad actora, Apuestas Suamox Ltda., presentó observaciones al informe de evaluación en relación con la calificación obtenida en los criterios administrativo y comercial, así como respecto de la evaluación de la oferta del proponente William Ernesto Caro Cristancho en relación con el estudio de su capacidad y el criterio financiero (f. 95-103 c.1).

10.7 El 1 de octubre de 1996, el Comité Evaluador, luego de las observaciones presentadas por los proponentes, procedió a recalificar las propuestas, así:

ALVARO RINCÓN MARTÍNEZ

Es admitido el certificado de cámara de comercio como certificado de domicilio comercial obtiene (cinco) puntos y se le dan siete (7) puntos en el criterio administrativo para un total de 82 puntos.

WILLIAM ERNESTO CARO

Se le dan cinco (5) puntos en el conocimiento de la zona es aceptado el certificado de Cámara de Comercio de 16 puntos pasa a 21 para un total de 93 puntos.

CARLOS A. ACELAS

Se le acepta el certificado de Cámara de Comercio como domicilio de 16 puntos pasa a 21 para un total de 84 puntos.

APUESTAS SUAMOX

Criterio administrativo sube un punto de 6 a 7 y en conocimiento de la zona sube 5 puntos para un total de 83 puntos.

10.8. El 2 de octubre de 1996, el gerente de la Lotería de Boyacá, teniendo en consideración lo ocurrido en el proceso de selección y de acuerdo con la recomendación del Comité Evaluador, expidió la resolución n.º 1669 de 2 de octubre de 1996 por medio de la cual adjudicó la licitación pública n.º 002 de 1996, para la concesión del juego de apuestas permanentes en el departamento de Boyacá por el término de dos (2) años (f. 84-88 c.1). En el numeral 3 del artículo 1 (demandado) de la citada resolución adjudicó así: “Zona III. Cabecera de Sogamoso. William Ernesto Caro 93 puntos, correspondiéndole el 53% del consumo total, equivalente a 1392 talonarios por mes; y a Carlos Acelas Rodríguez 84 puntos, correspondiéndole el 47% del consumo total, equivalente a 1233 talonarios por mes”.

III. Problema jurídico

11. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de inconformidad de la apelante con el fallo de primera instancia, la Sala observa que el problema jurídico en el *sub lite* estriba en dilucidar si frente a los principios y reglas de la Ley 80 de 1993 y el pliego de condiciones se presentaron las irregularidades endilgadas por la actora en el proceso de evaluación de la licitación pública n.º 002 de 1996 de la Lotería de Boyacá que afectan la validez del acto de adjudicación contenido en la resolución n.º 1669 de 2 de octubre de 1996, y si, en consecuencia, estaba llamada a ser la adjudicataria del contrato licitado, por haber presentado la oferta más favorable. En particular, dicho problema se concreta en resolver los siguientes interrogantes: (i) ¿calificó incorrectamente la Lotería de Boyacá la oferta de

Apuestas Suamox Ltda. respecto del criterio comercial, en desconocimiento de la fórmula matemática consagrada en el punto 8.5 de los pliegos de condiciones?; (ii) ¿evaluó irregularmente la Lotería de Bogotá la oferta del proponente adjudicatario, William Ernesto Caro Cristancho, al haber aceptado la inscripción del mismo en la Cámara de Comercio después de la apertura de licitación pública, en desconocimiento a lo previsto en los avisos y en los pliegos de condiciones respecto de los requisitos para poder participar en la licitación pública?; (iii) ¿cometió un yerro la Lotería de Bogotá cuando calificó la capacidad financiera del proponente adjudicatario, William Ernesto Caro Cristancho, con fundamento en los soportes -declaración de renta rendida con posterioridad a la apertura de la licitación pública y balance a 30 de junio de 1996- presentados con su propuesta?

IV. Análisis de la Sala

La selección del contratista mediante el procedimiento administrativo de licitación pública y los principios que la rigen

12. El artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (en su versión original vigente para 1996, año en que se presentaron los hechos que ocupan la atención de la Sala) estableció las reglas y etapas que rigen el mecanismo de selección de la licitación pública, las cuales son de estricto cumplimiento, en tanto constituyen normas de orden público.

13. Dicho artículo definió la licitación como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades (artículo 13 C.P.), los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable para los fines de la contratación³.

14. El proceso de selección de la licitación pública, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, se encuentra sometido a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva (arts. 24 y ss.). A los cuales doctrina y jurisprudencia, con sobrada justificación, han agregado, entre otros, los principios de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P) y libertad de concurrencia, debido proceso y derecho de defensa y contradicción (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes como el 3 de la Ley 80 de 1993). Por lo demás, como la etapa precontractual que adelanta la administración, constituye un típico procedimiento administrativo, está sujeta a los principios orientadores para el desarrollo de la función administrativa de moralidad, economía, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción (art. 3 del C.C.A. y en art. 209 C.P.).

15. El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-⁴, constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la

³ Sayagués, Lasso, en *Tratado de Derecho Administrativo*, 8 edición, 2002, p. 543 -en una noción próxima a la definición legal enunciada- afirma que “*consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas en (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones*”.

⁴ Ahora en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, norma que no resulta aplicable por ser posterior a los hechos que se juzgan art. 38 de la Ley 153 de 1887.

aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad⁵.

16. En conclusión, la licitación es un procedimiento reglado, sujeto a los principios y reglas jurídicas (artículos 24 numeral 5, 25 numeral 18, 29 y 30, numerales 1 a 12, Ley 80 de 1993), a través del cual se hace una invitación pública por parte de la administración para que los interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman⁶, se elige la más favorable para los fines de la contratación, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante y contenidas en un pliego de condiciones preparado por ella que ha de cumplirse con rigor.

La importancia del pliego de condiciones en la licitación pública

17. Para garantizar la transparencia y la selección objetiva, la ley de contratación exige la existencia de unas bases que deben regir la licitación pública, razón por la cual ordena la elaboración de los pliegos de condiciones en donde se indicarán los requisitos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación, y se precisarán las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, entre otros aspectos (artículo 24 numeral 5 en armonía con los artículos 25 numeral 3 y ss.; 26 numerales 1 y 3, 29 y 30 numeral 2, entre otros, de la Ley 80 de 1993).

18. El pliego de condiciones es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas predispuestas y con efectos obligatorios, elaboradas unilateralmente por la administración para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido a los interesados en participar en el mismo con la aspiración legítima de que les sea adjudicado para colaborar en la realización del fin general perseguido, todo lo cual, como se indicó, ha de hacerse con plenas garantías para los oferentes, con sujeción a los principios de libertad de concurrencia, igualdad, buena fe, transparencia, economía, responsabilidad, planeación, selección objetiva, moralidad, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción, entre otros y las reglas jurídicas de la contratación pública, de conformidad con la Constitución Política y la ley.

19. Por consiguiente, la entidad estatal de manera previa a ordenar la apertura del proceso de licitación pública, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato debe elaborar el pliego de condiciones en el que definirá entre otros aspectos: (i) el objeto del proceso de selección, las especificaciones técnicas y las condiciones de costo, calidad y cantidades de los bienes, obras o servicios necesarios; (ii) las calidades y los requisitos que, en forma proporcional con el

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de diciembre de 2007, procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 - acumulados-, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Estudios técnicos, jurídicos y financieros, planos, anteproyectos y proyectos, estudio de oportunidad y conveniencia, elaboración de los pliegos de condiciones, disponibilidad presupuestal, información a la cámara de comercio, resolución de apertura; publicidad -avisos-, apertura, audiencia de aclaración, cierre del plazo; evaluación de propuestas, traslado de los informes de evaluación, adjudicación y firma del contrato.

objeto definido, serán exigidas a los interesados en participar, esto es, las condiciones de experiencia, capacidad técnica y de solvencia económica necesarias para la escogencia de un contratista idóneo en el suministro de los bienes y servicios requeridos por la entidad pública; y (iii) los criterios de selección o factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, calidad, precio, capacidad financiera etc. de acuerdo con lo dispuesto en la ley según el tipo de proceso de selección, y que considerados en su conjunto permitirán determinar la propuesta más favorable, mediante un simple cotejo entre ellos y la información contenida en cada ofrecimiento, para lo cual se debe contemplar, su ponderación precisa, detallada y concreta, es decir, el peso o valor exacto que tendrá cada uno de los mismos en la evaluación y en la calificación total de las propuestas con sujeción a las normas jurídicas de la contratación pública. Además, son parte integrante del pliego de condiciones todas aquellas normas legales que constituyen el contenido impuesto por la ley a propósito del proceso de selección, sin que sea necesario estipulación de manera expresa en el mismo, por cuanto el vacío lo llena precisamente el legislador.

20. En síntesis, el pliego de condiciones es un acto administrativo general que recoge las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras exigidas a los aspirantes a contratar, los criterios de selección del contratista y los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que deberán ser acatadas durante el proceso de formación de la voluntad contractual y en la ejecución del futuro negocio jurídico estatal. De ahí que, el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de la licitación pública y del contrato a celebrar con ocasión a él, toda vez que contiene la voluntad unilateral de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido, carácter vinculante y obligatorio del mismo que implica, por regla general, que una vez cerrada la licitación sean inalterables o inmodificables, con el fin de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de los oferentes.

El carácter vinculante del pliego de condiciones y las consecuencias de su desconocimiento

21. En el proceso de licitación pública la evaluación, estudio, calificación, rechazo o descalificación de las ofertas no es una decisión discrecional de la administración, toda vez que está sujeta a lo consagrado en el pliego de condiciones y la ley. En efecto, la administración, so pena de que se incurra en un vicio de nulidad en el acto de la adjudicación o de declaratoria de desierta del mismo y por ende, en responsabilidad, está obligada a respetar la totalidad de los principios que lo rigen y los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones, los cuales debe analizar y evaluar con el fin de determinar y elegir en forma motivada el ofrecimiento más favorable, según lo previsto en el artículo 29 - original-⁷ de la Ley 80 de 1993. Esto significa que a la administración en el procedimiento de licitación pública regulado por la ley, no le es jurídicamente permitido separarse de los criterios o factores de escogencia consagrados en el pliego de condiciones, ni desconocer su contenido ni la forma de ponderarlos y por lo mismo, se encuentra obligada a elegir aquella oferta que se ajusta a todos y cada uno de los puntos exigidos y a adjudicar al proponente que supera a los demás.

22. En consecuencia, se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración (art. 90 C.P.) cuando no se adjudica al oferente que, teniendo en

⁷ Ahora previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que también define que es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

cuenta los factores de escogencia y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos contenida en los pliegos de condiciones presenta la oferta que resulta ser la más ventajosa para la entidad, para en cambio adjudicarle a otro que no lo merecía o abstenerse de hacerlo sin mediar un hecho que impida la selección objetiva, razón por la que habrá de reparar a aquél el correspondiente daño antijurídico ocasionado como consecuencia de la adjudicación irregular de la licitación o la abstención ilegal de hacer la misma y la privación injusta del derecho de ser contratista del Estado.

El caso concreto

23. En la jurisprudencia de esta Corporación, reiteradamente, se ha señalado que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación, y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, como se pretende en el *sub lite*, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, (i) demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico, y de otra, (ii) probar, por los medios adecuados, que su propuesta era la mejor y más conveniente para la administración, esto es, que *“estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección”*⁸.

24. Con el anterior propósito, observa la Sala que la parte actora arguyó que no fue adjudicataria porque se desconocieron los criterios de evaluación fijados en el pliego de condiciones y los requisitos exigidos para licitar señalados en los avisos de convocatoria, en particular, porque: (i) se evaluó incorrectamente su propuesta en el criterio comercial al desconocer la fórmula matemática consagrada en el numeral 8.5 de los pliegos de condiciones; (ii) se interpretó erróneamente la condición exigida para participar, según la cual, era necesaria la inscripción del proponente adjudicatario en la Cámara de Comercio con antelación a la apertura del proceso de selección; y (iii) se evaluó irregularmente la capacidad financiera del proponente adjudicatario con base en una declaración de renta presentada sólo para licitar y un balance que no concuerda con la misma, esto es, en documentos que no denotan esa capacidad.

La evaluación del criterio comercial

25. De conformidad con el acta número 004 de 17 de septiembre de 1996, la Lotería de Boyacá, a través del comité evaluador de la licitación pública n.º 002 de 1996, señaló que la metodología de evaluación del criterio relacionado con la capacidad comercial consiste en que *“se compara la propuesta en cajas con el estudio elaborado por la Entidad, si el desfase es mayor o menor del 5%, se le restan 5 puntos proporcionalmente al desfase”*, y con base en esta interpretación se evaluó la propuesta de Apuestas Suamox Ltda. quien obtuvo en este ítem 10 puntos de 20 posibles según el numeral 8.5 del pliego, así como las de los otros proponentes de la zona III (f. 173.183 c.1). Este enfoque del comité evaluador es confirmado dentro del proceso por el testigo Jairo Alonso Ávila Moreno (f. 43-47 c.3), subgerente financiero de la Lotería de Boyacá e integrante del comité para la época de la licitación que se cuestiona, quien señaló que la forma de evaluar el criterio comercial se encontraba consignada en el pliego de condiciones, con base en el estudio de consumo de talonarios realizado por la lotería para cada una de las zonas licitadas y que:

⁸ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Este estudio de consumo de talonarios de cada una de las zonas servía como base para establecer el ajuste de los proponentes a las realidades de la zona y más concretamente el conocimiento de los proponentes sobre el consumo de la zona, en la parte de talonarios por eso se estableció una escala, según la cual, por cada cinco por ciento de desfase hacia arriba o hacia abajo, del cálculo de consumo establecido por la Lotería de Boyacá, se le castigaba con cinco puntos de calificación de criterio comercial. Así se hizo (...) dividiendo la cantidad de propuesta por la cantidad establecida como base del consumo por la Lotería de Boyacá. (...) [V]ale también aclarar que por ejemplo si alguien tenía un desfase del 7.25% pues el castigo era de cinco puntos, por cuanto no llegaba a la siguiente categoría para descontar diez puntos (...).

26. A su turno, la sociedad actora entiende que para efectos de la calificación del criterio comercial contemplado en el numeral 8.5. del pliego de condiciones “*el desfase del 5% opera hacia arriba o hacia abajo, pero después de agotada esa franja, es decir que quien tiene un desfase igual o inferior al 5 no tendría descuento en puntos, de esa franja en adelante tendría lugar el descuento en puntos pero proporcionalmente al desfase tal como lo ordena el pliego de condiciones*”. Por eso afirmó en la demanda que, como es a partir del 5% hacia arriba que se comienzan a descontar 5 puntos, o sea en el caso concreto a partir de 135 361,8 formularios -que resulta de sumar a 128,916 que calculó la entidad en su estudio el 5% de esta cifra-, al ofrecer 140 000 formularios estaría en el 5% hacia arriba luego de superar el margen y, en consecuencia, sólo podía la Lotería de Boyacá descontarle 5 puntos y no 10 como lo hizo.

27. Con el fin de determinar a quién le asiste la razón en cuanto a la manera de aplicar este criterio de calificación en la licitación pública impugnada, es menester adelantar un proceso de interpretación para desentrañar el sentido del texto jurídico respectivo que rige este aspecto del proceso de la licitación pública n.º 002 de 1996, que como arriba se advirtió lo constituye el pliego de condiciones, instrumento que exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, en este caso de la Lotería de Boyacá y que por tanto regula, entre otros aspectos, la actividad de estudio y evaluación de las propuestas con fundamento en los requisitos de participación y los criterios de calificación en él consignados, para determinar aquella más favorable para los fines de la contratación objeto del proceso, y que excluye, de suyo, cualquier discrecionalidad en la aplicación o no de los mismos o en la asignación de los puntajes y las fórmulas o en la forma que para este propósito ella misma consagró.

28. La interpretación de una norma –como lo es el pliego de condiciones- consiste en desentrañar, precisar y determinar el alcance de su contenido y su relevancia jurídica. Aún siendo claro el sentido idiomático, literal o textual de las palabras empleadas en la norma, se impone esta tarea hermenéutica frente a toda divergencia en cuanto el alcance de su contenido y aplicación. Es decir, la interpretación de la norma o normas es necesaria no sólo cuando sus términos son oscuros, ambiguos, imprecisos, insuficientes o contradictorios, sino también cuando siendo claros su lenguaje y términos, se le atribuye un significado o entendimiento divergente o diferente por varios operadores. En esta tarea, si bien el juez cumple una labor que no está encaminada a remplazar o suplantar la autoridad del creador de la norma, ni a modificar, tergiversar o desvirtuar sus efectos, no se reduce a la de simple reproductor de la exégesis de su contenido, como si fuera un autómatas. La actividad hermenéutica del juez no es estática; se orienta y dirige a la consecución prudente, racional y reflexiva del sentido de la

disposición jurídica, de manera que, sin alterarla, sustituirla o desnaturalizarla, debe intervenir su contenido efectuando un control eficaz e idóneo, para determinar su relevancia final y efectos definitivos⁹.

29. Con los lineamientos precedentes, la jurisprudencia ha manifestado que el pliego de condiciones en tanto acto jurídico prenegocial es susceptible de interpretación por el juez con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, pero sin dejar a un lado que la naturaleza de acto predispuesto unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, implica que también se deban aplicar a él las reglas de interpretación de las condiciones generales de contratación, por cuanto por este aspecto se asimila a los denominados contratos predispuestos o de condiciones generales¹⁰. Así, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, señala que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y a las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley (transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva), los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos (ecuación contractual). Además, según lo sostenido por la jurisprudencia de esta Sala, son diferentes las reglas de hermenéuticas que pueden ser tenidas en cuenta al momento de interpretar los pliegos de condiciones:

8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”¹¹– y medieval –“in claris non fit interpretatio”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.” “Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical

⁹ Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01, M.P. William Namén Vargas.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹¹ [3] D.32, 25,1 PAULO.

correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.

(...)

9 No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico¹², denominada interpretación sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte –“incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere”¹³–. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos¹⁴.

9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto (...).¹⁵

30. Por consiguiente, de acuerdo con las reglas de interpretación cuando la redacción del texto del pliego de condiciones sea clara y las expresiones en él contenidas son el fiel y exacto reflejo de la voluntad de la entidad que lo elabora en forma antelada, se debe acudir primeramente a él con el propósito de entenderlo y aplicarlo jurídicamente, sin que sea menester consultar su espíritu; pero, si aún siendo clara en todo o en parte no expresa la intención o finalidad ni su verdadero sentido, en tal evento en su interpretación puede recurrirse a su espíritu para armonizar y atemperar su rigor gramatical. Más si el texto del pliego resulta oscuro o confuso, para encontrar su verdadero sentido, debe hacerse entonces un análisis del texto teniendo en cuenta su origen y por ende, entre otros elementos, las discusiones, estudios y en general los antecedentes que precedieron su elaboración en la etapa de planeación. O es viable acudir a la denominada interpretación sistemática o coherente, según la cual el contexto del pliego de condiciones servirá para ilustrar el sentido de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, o dicho de otro modo, que de la interpretación de unas condiciones y otras, pueda fijárseles el sentido que mejor convenga al pliego en su totalidad. Incluso, en esta labor cuando una norma admite según su literalidad más de una interpretación, el hermeneuta debe elegir la que resulte más razonable dado el contexto, la finalidad y los efectos

¹² [4] En relación con la interpretación de la ley, el Código Civil dispone: “Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. A propósito de la interpretación de los contratos, el artículo 1622 del Código Civil establece: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil prescribe: “Artículo 187.- *Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...*” “Artículo 250.- *Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.*” “Artículo 258.- *Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.*”

¹³ [5] D.1,3,24 CELSO: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley.

¹⁴ [6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.º 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, exp. 21.077, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

perseguidos con la disposición y, en consecuencia, conforme a ese entendimiento aplicarla al caso concreto.

31. En este punto es pertinente que la Sala, teniendo en cuenta que las interpretaciones que esgrimen las partes resultan ambas, en principio, plausibles o posibles, en tanto se pueden desprender del contenido del numeral 8.5 del pliego de condiciones, abogue por una interpretación pragmática y razonable de este texto jurídico, de tal forma que se prefiera la atribución de un significado y sentido que favorezca la intención o finalidad bajo la cual se expidió la norma del pliego de condiciones. Para este propósito se acogen las consideraciones vertidas por la doctrina en relación con la necesidad de interpretar pragmáticamente el contenido de las normas, con el fin de evitar entendimientos absurdos e irrazonables de las mismas, así:

Las inferencias e implicaturas en las que se basa la comunicación humana exitosa son parte claramente de lo que se quiere decir o significar. Estas inferencias o implicaturas, sin embargo, son usualmente violadas cuando se asume que la hermenéutica jurídica se surte mediante una concentración de la atención en los términos de la ley. Esta práctica jurídica, que termina fijando su atención en los términos específicos del texto legal, parece ser un corolario del principio de fidelidad al derecho en la toma de decisiones. Pero, como queda claro del análisis precedente, la fidelidad al Estado de derecho no exige la adopción del textualismo interpretativo, como tradicionalmente se piensa. No sorprende entonces que el cálculo no especulativo del significado de la ley no tenga que enredarse necesariamente en una pesada y detallada concentración sobre el texto, como suelen hacer los abogados. El análisis sugiere, en cambio, que la fidelidad a la ley propia del Estado de derecho debe proyectarse a la tarea dialógica de comprender las intenciones o propósitos de las normas, enmarcadas dentro de diálogos sociales e institucionales más amplios¹⁶.

32. Igualmente, se recuerda por la Sala que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han entendido que, cuando una norma puede ser interpretada de varias formas, el intérprete deberá preferir el entendimiento de la norma que le otorgue efectos prácticos a la disposición, en aplicación de lo que ha sido definido como el principio de interpretación del efecto útil de las regulaciones jurídicas. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

La fundamentación legal de la interpretación del Consejo de Estado (como elemento de la razonabilidad) se encuentra además respaldada por el uso de un criterio hermenéutico de especial importancia: el principio del efecto útil de las disposiciones jurídicas. Según este principio, en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable. Este criterio hermenéutico indudablemente encuentra indudables puntos de contacto con diversos principios constitucionales. Así por ejemplo, cuando se aplica a la interpretación de disposiciones, es un desarrollo de los principios de supremacía y del carácter normativo de la Constitución; cuando se aplica a la interpretación de las disposiciones legales, permite concretar la voluntad del legislador y, en consecuencia, salvar el principio democrático¹⁷.

¹⁶ López Medina, Diego Eduardo, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, editorial Temis, 2008, capítulo IV, num. 4.3. “*La interpretación de reglas en la pragmática del derecho*”, p.153.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-596 de 2004, M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes.

33. Y el Consejo de Estado ha manifestado lo que se cita a continuación:

3. Esa antinomia jurídica entre normas con idéntica validez, no alcanza su solución con los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad, previstos en los artículos 5 de la ley 57 de 1887 y 1 a 3 de la ley 153 de 1887, dado que todas las normas que entran en la contradicción fueron proferidas en la misma fecha, pertenecen a la misma ley y regulan un mismo aspecto.

Por lo tanto, dicha antinomia debe ser resuelta aplicando criterios hermenéuticos diferentes como aquel que indica que las normas deben ser interpretadas de tal manera que produzcan un efecto útil, el de interpretación sistemática de la norma y que dicha interpretación guarde armonía con “el espíritu general de la legislación y la equidad natural” (art. 32 Código Civil)¹⁸.

34. Así las cosas, como quedó demostrado, el pliego de condiciones estableció en el numeral 8.5, que el objetivo del criterio comercial de la oferta es el de lograr su ajuste a los cálculos de consumo de talonarios proyectado por la Lotería de Boyacá, y que las propuestas que presenten desfase del 5% por encima o por debajo de los cálculos le implicará una reducción de cinco (5) puntos. La finalidad del criterio comercial, entonces, es asegurar el conocimiento del mercado actual y potencial de la zona por parte de los proponentes, sobre la base del ajuste de las propuestas a los cálculos realizados por la Lotería de Boyacá, lo que significa en términos razonables que entre más se acerquen las ofertas a dichos cálculos tendrán un mayor mérito en este criterio, situación que, por tanto, debe ser reflejada en una mejor calificación del mismo.

35. Bajo la interpretación que hace de la disposición del pliego de condiciones la sociedad actora, podría argumentarse que todo proponente que tuviera un desfase en la propuesta hacia arriba o hacia abajo que resultara de adicionar el 5% de lo calculado como consumo de cajas de formularios por la entidad en la respectiva zona, se le restaría 5 puntos. Es decir, como la entidad fijó en sus estudios de mercado el consumo promedio de la zona III en 5,05 cajas de formularios por mes, equivalente a 121,2 cajas en 24 meses –tiempo del contrato licitado-, el 5% equivale a 6,08 cajas, lo que implica que a partir de la cifra de 127,28 cajas¹⁹, los que se desfasen en un 5%, en exceso o en defecto respecto de este último guarismo, esto es, que oferten 6,36 cajas²⁰ de más o de menos, se les puede descontar proporcionalmente 5 puntos de los 20 de la calificación de este criterio.

36. Ese 5% de desfase hacia arriba estaría representado, entonces, en 133,65 cajas y hacia abajo en 120,93 cajas. De esas franjas en adelante, según la actora “tendría lugar el descuento en puntos pero proporcionalmente al desfase tal como lo ordena el pliego de condiciones”, y según sus propias palabras “quien tiene un desfase igual o inferior al 5 [%] no tendría descuento en puntos”.

37. Dicha interpretación no es de recibo, pues si se tuviera en cuenta esta lógica se podría llegar a resultados no razonables en términos del logro del objetivo que persigue la entidad con el criterio comercial previsto en el pliego de condiciones que rigió la licitación pública demandada.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 24 de enero de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación No. 25000-23-24-000-2005-01395-01(AG), actor: Luis Francisco Bohórquez R. y otros, demandado: Superintendencia de Economía Solidaria y otro.

¹⁹ Resultado de la suma de: 121,2+6,08.

²⁰ Resultado de la operación: X=127,28 x 5%.

38. En efecto, si un proponente hubiese presentado 133,65 cajas de formularios habría obtenido 15 puntos, sobre la base de que solo se le restarían 5 puntos, por cuanto, en el juicio matemático de la actora, es a partir de esa cifra que estaría por encima del tope o franja resultado de adicionar el 5% de lo calculado por la entidad como consumo de cajas de formularios en la respectiva zona; y de ahí en adelante los descuentos operarían proporcionalmente. Sin embargo, nótese que no es lo mismo frente al propósito del criterio comercial una oferta de 133,65 cajas de formularios, que tiene una diferencia 12,45 cajas respecto del cálculo de la entidad en la zona III analizada (121,2 cajas) y que en la realidad matemática representa aproximadamente un 10%, respecto de otra oferta de 127,28 cajas, con una diferencia 6,08 cajas, y que equivale aproximadamente a un 5% en relación con dicho cálculo del mercado de la Lotería de Boyacá. Por lo demás, con este discernimiento se estaría otorgando un margen o porcentaje de desfase de gracia (5%), contrario al ajuste que se persigue con este criterio al estudio de consumo realizado por la entidad.

39. Por lo tanto, se estima que la interpretación de la sociedad Apuestas Suamox Ltda. no resulta razonable respecto de lo pretendido y el efecto útil deseado, mediante la consagración del factor de selección del criterio comercial consagrado en el numeral 8.5. del pliego de condiciones, porque bien puede advertirse que su aplicación, como lo demuestra una y otra cifra en la hipótesis y ejercicio antes planteado, representa un alejamiento o distanciamiento cuantitativo no justificado ni razonable en el contexto del pliego en relación con la cifra fijada por la entidad demandada en su estudio de mercado de la zona III, lo que comporta que su adopción sacrifica en una mayor medida el objetivo perseguido con el mencionado criterio y, en consecuencia, pone en riesgo la obtención de la finalidad de garantizar el conocimiento del mercado actual y potencial de la zona por parte de los proponentes.

40. Ahora bien, en contraste, para la entidad en *“[e]l criterio de adjudicación consagrado en el numeral 8.5. calidad comercial de la propuesta está encaminada a probar el conocimiento del mercado actual y potencial de la zona, por tal razón se estableció que por cada 5% de desfase que presenten las propuestas por encima o por debajo del presupuesto oficial de la Lotería de Boyacá, perderá 5 puntos proporcionalmente al desfase de la propuesta económica, interpretación que fue aplicada a todos los proponentes sin discriminación alguna”*.²¹ Para tal efecto, se indicó como el comité de evaluación que *“se compara la propuesta en cajas con el estudio elaborado por la Entidad, si el desfase es mayor o menor del 5%, se le restan 5 puntos proporcionalmente al desfase”*²².

41. Bajo esta interpretación, en el mismo caso que se expuso, quien oferta por encima de 127,28 cajas le serán descontados 5 puntos y de ahí en adelante proporcionalmente a su desfase al cálculo de la entidad, como resultado de la siguiente operación: $X = 6,08 \times 100 / 121,2 = 5,01\%$; y quien ofertó 133,65 cajas le serán descontados 10 puntos en proporción a su desfase al cálculo de la entidad, y de acuerdo con esta operación: $X = 12,45 \times 100 / 121,2 = 10,27\%$ ²³.

42. Se observa que la aplicación de la anterior interpretación en el cotejo de las ofertas adelantado por la entidad demandada, permite que quien propusiera u ofreciera un número de cajas contentivas de formularios igual o más cercano al

²¹ Cfr. Comunicación de 2 de octubre de 1996, suscrita por el Secretario del comité de evaluación y dirigida a Apuestas Suamox Ltda. (f.136 y 137 c. ppl.)

²² Acta n.º 04 de 17 de septiembre de 1996 del comité de evaluación (f.173-183 c.ppl.).

²³ Fórmulas en donde: X = porcentaje de desfase = diferencia de la oferta frente al cálculo de la entidad x 100 / cálculo de cajas de la entidad.

cálculo de consumo proyectado por la Lotería de Boyacá, obtuviera mayor puntaje en este criterio respecto de quien se alejara de él por exceso o por defecto en el porcentaje indicado en el pliego de condiciones, lo cual resulta razonable desde cualquier perspectiva, pues permite privilegiar por parte del comité evaluador a aquellos proponentes que estén más próximos a las cifras de la entidad y evita premiar ofertas con enormes desfases frente a los estudios de mercado realizados por esta, con lo cual se procura el cumplimiento de la finalidad de la consagración del criterio comercial, que, como se señaló, es la de asegurar el conocimiento del proponente del mercado en la zona licitada, para procurar el normal desarrollo del contrato de concesión del juego de apuestas permanentes, a través de la definición de un consumo real en la correspondiente zona.

43. En resumen, si se interpretase que es a partir de superado el 5% de desfase hacia arriba o hacia abajo respecto de la cifra calculada de consumo de cajas en el estudio de la Lotería de Boyacá para cada una de las zonas, que opera o procede el descuento proporcional de los 5 puntos en la calificación del criterio comercial, daría lugar a un distanciamiento del criterio con el logro del objetivo perseguido con el mismo, motivo por el cual no es viable avalar la interpretación de la sociedad actora, pues sería prohijar un entendimiento no razonable del numeral 8.5 del pliego de condiciones, dada su finalidad expresada en el mismo, cual es el de lograr el ajuste de las propuestas a los cálculos de consumo de cajas de formularios proyectado por la Lotería de Boyacá.

44. Al contrario, para la Sala, la aplicación del criterio previsto en el pliego de condiciones por parte de la entidad demandada respeta y resulta congruente con los principios de la contratación estatal, en particular, buena fe, igualdad, selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad, pues tiene como efecto útil - que es lo que se pretende con la aplicación del principio hermenéutico referido en las citas doctrinales y jurisprudenciales hechas en precedencia a propósito de la interpretación pragmática- evitar ofertas que no consultaran la realidad comercial y, por ende, propende por la escogencia de la propuesta más favorable para el cumplimiento de los fines perseguidos en el contrato de concesión licitado (arts. 3 y 24 y ss. de la Ley 80 de 1993).

45. Así, interpretando razonablemente el contenido del numeral 8.5 del pliego de condiciones, para otorgarle un efecto práctico y útil a la disposición, conforme a su finalidad, encuentra la Sala que: (i) el pliego de condiciones indicaba claramente que para efectos de la evaluación de propuestas, se tendría en consideración el criterio comercial; (ii) la finalidad expresa de este criterio era lograr su ajuste a los cálculos de consumo de cajas proyectado por la Lotería de Boyacá, para que consultara la realidad de la demanda y evidenciara el conocimiento de los proponentes sobre la misma en cada una de las zonas licitadas; (iii) la fórmula matemática más razonable para calificar este criterio comporta que las propuestas que presenten un desfase del 5% por encima o por debajo de los cálculos se les habrá de reducir proporcionalmente cinco (5) puntos, dado que con ella es posible lograr el ajuste de las propuestas a los cálculos de consumo de cajas proyectado por la Lotería de Boyacá.

46. En este orden de ideas, concluye la Sala que la calificación otorgada a Apuestas Suamox Ltda. en el criterio comercial, es acorde con el sentido para el cual fue establecido en el pliego de condiciones, por cuanto:

46.1. Según la resolución 0799 de 5 de junio de 1996, por medio de la cual la Lotería de Boyacá adoptó el estudio de mercadeo del juego de apuestas permanentes, el consumo de cajas promedio por mes en la zona III-cabecera de

Sogamoso es 5,05 cajas, equivalente a 128 916 formularios por mes (f. 112 c.1), o sea 2 578 talonarios.

46.2. Apuestas Suamox Ltda. ofreció 2 800 talonarios por mes, equivalente a 140 000 formularios por mes, o sea 134.4 cajas en los dos años del plazo del contrato licitado, con un consumo mensual de 5.6 cajas (f. 223-227-228 c. 2 y f. 171 c.1).

46.3. Teniendo en cuenta que -como se señaló- respecto del estudio de mercado realizado por la entidad, en el cual se determina que se necesitaban 5,05 cajas mensuales contentivas de formularios para el juego de apuestas permanentes, el proponente ofreció un número de 5,6 cajas mensuales, se advierte que entre el estudio referido y la propuesta existe una diferencia de 0,55 cajas por mes que resulta superior en la propuesta y que proyectado a los 24 meses del contrato licitado arroja un número total de 13.2 cajas de diferencia.

46.4. En consecuencia, el número de cajas comprendido en el estudio de la Lotería de Boyacá, por 24 meses, sumaba un total de 121,2, lo cual indica que la diferencia porcentual referida por las 13.2 cajas adicionales, es decir, el exceso en la propuesta, asciende al 10.8%²⁴, de manera que resultaba procedente restarle 10 puntos en la calificación del criterio comercial, tal y como sucedió en el *sub lite*.

47. De acuerdo con lo expuesto, esta Sala coincide con el Tribunal *a quo*, en cuanto que este cargo no tiene vocación de prosperar, y aún si de admitiera que el actor merecía 5 puntos por estar mal evaluado en este factor, no alcanzaría su puntaje para ocupar el primer lugar en la licitación pública, en consideración a que, como se analizará mas adelante, el proponente adjudicatario William Ernesto Caro Cristancho, cuya evaluación de la oferta es la que controvierte en este proceso, al no estar incorrectamente calificada la superaría de todas maneras en puntos.

El estudio del requisito de inscripción del proponente en la Cámara de Comercio

48. Afirma la sociedad actora que la Lotería de Boyacá interpretó erróneamente la condición exigida para participar, según la cual no era necesaria la inscripción del proponente adjudicatario como comerciante en la Cámara de Comercio con antelación a la apertura del proceso de selección, lo cual resulta violatorio de los avisos publicados en el proceso de la licitación pública y de los pliegos que la rigieron. Sin embargo, para la Sala no existe el vicio alegado por la sociedad actora, por cuanto, como bien lo anotó el Tribunal *a quo*, la evaluación del proponente beneficiario de la licitación se hizo de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones, según se pasa a analizar.

49. En realidad, el proponente adjudicatario William Ernesto Caro Cristancho presentó certificado expedido por la Cámara de Comercio, en el cual consta que realizó su inscripción como comerciante el 12 de septiembre de 1996, es decir, con posterioridad a la apertura del proceso de licitación pero antes de su cierre, considerando que de conformidad con el numeral 1.2. de los pliegos de condiciones la primera se fijó para el 4 de septiembre de 1996 a las 10:00 A.M., y la segunda para el 13 de septiembre a las 3:00 P.M. (f. 395 c3.). Este certificado le es aceptado en la recalificación realizada por el Comité Evaluador, según consta en acta n.º 005 de 1 de octubre de 1996 (f. 122 c.1).

²⁴ Que resulta de la siguiente operación: $X = 13.2 \times 100 / 121.2$.

50. Como quedó demostrado la Lotería de Boyacá expidió la resolución 1302 de 16 de agosto de 1996, por medio de la cual ordenó la apertura de la licitación pública 002 de 1996, con el objeto de contratar, mediante concesión, la explotación del juego de apuestas permanentes. Para tal efecto, publicó dos avisos informando las fechas de apertura y cierre y los criterios para la adjudicación, entre otros aspectos. Así mismo, informó que podrían participar en la licitación todas las firmas nacionales o extranjeras que se encontraran debidamente inscritas antes de la fecha de apertura de la licitación en la Cámara de Comercio.

51. Por su parte, el numeral 1.3. del pliego de condiciones indicó que podrían participar todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que acreditaran los requisitos exigidos en los pliegos y que se encontraran habilitadas para contratar. Y el numeral 4.2.1 del mismo pliego, dentro de las condiciones especiales exigidas a las personas naturales, contempló la de acreditar la inscripción en la Cámara de Comercio²⁵ en la cual aparezca la representación legal y capital declarado y registro del proponente si existiere²⁶. Pero, como puede apreciarse, en parte alguna se menciona en el pliego de condiciones que resultaba necesaria esa inscripción en el registro mercantil de la calidad de comerciante que lleva la Cámara de Comercio en forma previa a la apertura de la licitación como sí lo hacen los avisos publicados informando el llamado a licitar, sino que debía anexarse con la oferta el respectivo certificado en el que constara la inscripción y sin ese límite temporal.

52. Ahora bien, la publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases esenciales, promueve y facilita la participación en el mismo. Para tal efecto, el numeral 3.º -original- del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, ordena que dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad, o a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, y agrega que los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

²⁵ Es decir que se exigió la calidad de comerciante del proponente, dado el objeto a contratar: concesión (explotación) del juego de apuestas permanentes. Así, importa anotar que, de acuerdo con el Código de Comercio, son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles y se presume que se ejercen dichas actividades cuando se halle inscrita en el registro mercantil (art. 10, 13 n.º 1, 28) que llevan las Cámaras de Comercio (art. 27 *ibidem*), y que se prueba con el certificado expedido por la mismas o mediante inspección judicial practicada en el registro mercantil (art. 30 *ejusdem*). Sin embargo, ello no determina la capacidad para contratar, porque en materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”; (ii) “[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”; y (iii) “[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”. Tampoco por la omisión de dicha inscripción se deja de ser comerciante y de ejercer actividades mercantiles, según lo ha mencionado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual “no existe norma legal alguna que establezca que de faltar esa inscripción, la persona que ejerza el comercio a través de un establecimiento de comercio, deje de ser comerciante y deje de estar sujeta a las normas del Código de Comercio. Tampoco hay texto alguno que consagre como requisito *ad solemnitatem* para ejercer el comercio o *ad probationem* para demostrarlo, la inscripción en el registro mercantil...” Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de septiembre de 1978, M.P. José María Esguerra Samper.

²⁶ Esto último, por lo demás, no necesario y obligatorio para los proponentes de contrato de concesión como el del *sub lite*, de acuerdo con el artículo 22 -original- de la Ley 80 de de 1993.

53. La norma citada es desarrollo del principio de publicidad que rige en los procesos de selección que adelanta la administración para que el llamado o convocatoria surta efectos jurídicos, pues permite poner en conocimiento de los interesados en participar en ellos la decisión de licitar un contrato. Mediante tales avisos se asegura el principio de libre concurrencia, dado que permite a todas las personas, en igualdad, conocer la información sobre el objeto del contrato y los elementos mínimos necesarios para despertar su interés en participar. En síntesis, los avisos son la forma o el mecanismo a través de los cuales en virtud de los principios de publicidad y transparencia se divulga el llamado o convocatoria que realiza la administración en el respectivo acto en el que se ordena la apertura del proceso de licitación pública.

54. No obstante la importancia que tienen los avisos que se publican en el procedimiento de licitación pública, en tanto materializan un trámite administrativo para poner en conocimiento o anunciar la invitación a licitar el objeto contractual requerido por la entidad, con el fin de promocionar o suscitar la concurrencia de los interesados en participar y lograr así la mayor presentación de propuestas, se advierte que los mismos no pueden crear requisitos diferentes o apartarse de las condiciones y especificaciones señaladas en el pliego de condiciones, de manera que en caso de contradicción o discordancia debe estarse a lo consagrado en este último.

55. En efecto, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones que elabora la administración para la contratación de sus obras, bienes o servicios, es normativa y por ende de carácter vinculante en la etapa de formación de la voluntad, en la de cumplimiento del contrato y en la de su terminación, razón por la cual prevalece sobre otros documentos del proceso, como los avisos, e incluso sobre la minuta del contrato y el contrato mismo una vez celebrado. El pliego de condiciones, como lo ha proclamado la jurisprudencia, es el reglamento que disciplina y regula el procedimiento licitatorio de selección del contratista y demarca y define el futuro contrato a celebrar, al contener los requisitos jurídicos, técnicos, económicos y financieros exigidos a los aspirantes a contratar y a los cuales deben sujetarse las propuestas, los criterios de selección del contratista y los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Por eso, se le atribuye la virtualidad de ser el reglamento del proceso de selección y la ley del contrato. Por tal razón, esto es, dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del proceso de selección y del contrato y en particular sobre la minuta de éste²⁷.

56. Por consiguiente, si bien no resultó afortunada la conducta de la administración cuando consignó en el aviso una información contradictoria con el pliego de condiciones, en relación con la previa inscripción como comerciante en la Cámara de Comercio, lo cierto es que acertó cuando aplicó en este aspecto lo previsto en el pliego de condiciones en los numerales 1.3., 4.2.1. y 7.1., de acuerdo con los cuales sólo se exigía acreditar la inscripción en la Cámara de Comercio con la propuesta sin ese límite temporal, lo cual significa que se podía

²⁷ “Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.” Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2000, exp. 10.399, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

hacer dentro del término de la licitación para presentar ofertas y hasta antes del cierre de la misma el 13 de septiembre de 1996, fecha esta última para aportar la documentación exigida en el pliego de condiciones²⁸, que fue lo que ocurrió en el *sub lite* respecto del proponente adjudicatario William Ernesto Caro Cristancho.

57. Es decir, no resulta de recibo los argumentos de la sociedad actora en este aspecto, porque en caso de existir una contradicción entre la información prevista en los avisos que se publican en el procedimiento de licitación pública y las reglas, requisitos y especificaciones contenidas en los pliegos de condiciones, prevalecen estos últimos, dada la fuerza jurídica vinculante y la aplicación preferente que tienen los pliegos y en el presente caso estos exigieron la inscripción como comerciante en el registro mercantil de la Cámara de Comercio, sin condicionar tal diligencia a que fuera anterior a la apertura de la licitación pública, y ello se acreditó con la oferta mediante el respectivo certificado.

58. Por todo lo expuesto, se concluye que el aspecto estudiado no constituye una irregularidad que comporte una ilegalidad del acto de adjudicación que se demanda.

La evaluación del criterio de capacidad financiera

59. En la demanda la sociedad actora afirmó que el señor William Ernesto Caro Cristancho, proponente adjudicatario, no era sujeto tributario y nunca había presentado declaración de renta, por lo que la calificación a él otorgada en el criterio capacidad financiera era contraria al pliego de condiciones. En cambio, en el recurso de apelación la argumentación se centra en señalar que resultaba censurable que se le calificara la capacidad financiera al señor William Ernesto Caro Cristancho, con base en una declaración de renta correspondiente al año de 1995 presentada el 12 de septiembre de 1996 y solamente para participar en la licitación; y, además, con un balance a 30 de junio de 1996 que no concuerda con dicha declaración, situación absolutamente irregular.

60. Como puede apreciarse, el actor varió en el recurso de apelación los hechos y argumentos que expuso en la demanda para sustentar el cargo por este aspecto contra el acto de adjudicación y por lo mismo la pretensión de nulidad del mismo, lo cual sería suficiente para no considerar y desestimar aquellos materia de impugnación de la sentencia del juez *a quo*, dado que no fueron objeto de su pronunciamiento o decisión, que está enmarcada en los precisos términos de la demanda y la contestación a la misma, según el principio de congruencia y, en especial, los derechos al debido proceso y derecho de defensa que le asiste a la contraparte²⁹. Es la demanda el momento oportuno para denunciar los hechos que originan la acción, lo cual determina el alcance de la controversia y de la decisión, por cuanto no se puede sorprender a las partes o al juez con hechos que no fueron materia de discusión y que no sirvieron para establecer la relación procesal entre las partes, lo que excluye otras etapas procesales como la de los alegatos

²⁸ Dentro de todo proceso de licitación pública, se encuentra prevista una etapa para la presentación de propuestas por parte de los interesados en la adjudicación del contrato ofrecido por la entidad pública licitante y que acuden a la convocatoria realizada por ésta con dicho propósito, etapa que se sujeta a un límite temporal, esto es, a un término o plazo preclusivo y perentorio (art. 25 n.º 1 Ley 80 de 1993), establecido por la propia entidad pública. Así, el inciso primero del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, define el plazo de la licitación pública, como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre; es decir, es el espacio de tiempo con que cuentan los interesados en participar en el proceso de contratación para radicar sus ofertas con toda la documentación exigida.

²⁹ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2009, exp.18.373, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, en la que se reitera la sentencia de Sala Plena de 14 de febrero de 1995, exp. S-123-.

de conclusión en las instancias y el de la sustentación del recurso de apelación, que no resultan, por regla general, oportunidades idóneas y válidas para modificar los hechos y por tanto variar la causa *petendi*.

61. En relación con lo afirmado en la demanda, se observa que el numeral 8.2 estableció que el criterio de capacidad financiera se evaluaría con fundamento en los balances y declaraciones de renta, para determinar la solvencia económica, el nivel de endeudamiento y liquidez que presente el proponente y a continuación estableció unos guarismos o rangos a los que les correspondía determinado puntaje. Para tal efecto, el proponente adjudicatario, William Ernesto Caro Cristancho, presentó declaración de renta para el año de 1995 (f. 389-404 c.2) y balance general a junio 30 de 1996 (f. 390 c.2), de conformidad con lo solicitado en el numeral 7.1. del pliego de condiciones. En consecuencia, contrario a lo señalado por la actora, sí fue sujeto tributario y adjuntó con su oferta la declaración de renta.

62. Ahora bien, el hecho de que el proponente adjudicatario hubiese rendido la declaración de renta de 1995 el 12 de septiembre de 1996, esto es, con posterioridad a la apertura del proceso de selección (4 de septiembre de 1996) y previamente a su cierre (el 13 de septiembre de 1996) no le resta eficacia para haber sido valorada dentro del proceso de la licitación pública a efectos de analizar la capacidad financiera, por cuanto, como se anotó a propósito del requisito de inscripción del proponente en la Cámara de Comercio, es hasta el cierre de la licitación que existe la oportunidad de acreditar los requisitos exigidos en el pliego de condiciones con la oferta. De hecho la sociedad actora, también presentó la declaración de renta del año de 1995 en la misma fecha que el proponente adjudicatario, o sea el mismo 12 de septiembre de 1996 (f. 247 c.2).

63. De otra parte, la Sala también advierte que no es acertada la afirmación del impugnante, según la cual no existe coincidencia entre los datos consignados en los documentos financieros mencionados, toda vez que olvida y no tiene en cuenta que la declaración de renta hace referencia a la vigencia fiscal del año de 1995 y el balance general es con corte a 30 de junio de 1996, es decir, del año siguiente, tiempo durante el cual es justificado que se presente una variación de los resultados de la operación de la actividad económica del proponente adjudicatario en desarrollo de su labor comercial. Es decir, los datos en dichos documentos financieros no pueden ser comparables. Es más, si se acogiese tal argumento expuesto por la actora, ésta también estaría incurso en la misma situación que estima irregular, esto es, que no concordaría su declaración de renta del año de 1995 (f. 247 c. 2), con el balance general con corte a junio de 1996 (f. 248 c2), documentos por ella presentados con su oferta.

64. Además, al evaluar la Sala la capacidad financiera del señor William Ernesto Caro Cristancho, con aplicación de la fórmula y rangos establecidos en el pliego de condiciones en el numeral 8.2., observa que la Lotería de Boyacá calificó correctamente este *ítem* cuando le otorgó 22 puntos sobre un máximo de 25. En efecto:

$$- \text{ RAZÓN CORRIENTE} = (\text{ACTIVO CORRIENTE} / \text{PASIVO CORRIENTE}) \times 100.$$

$$14.243.000/4.933.000 \times 100 = 288,7 = 10 \text{ PUNTOS}$$

(e.- Guarismos de 251 en adelante = 10)

- $SOLVENCIA = (PATRIMONIO / ACTIVO TOTAL) \times 100$
 $48.093.000 / 74.750.000 \times 100 = 64,33 = 8 \text{ PUNTOS}$

(d.- *Guarismo de 61-80 = 8*)

- $NIVEL DE ENDEUDAMIENTO = (TOTAL PASIVO CON TERCEROS / TOTAL ACTIVO) \times 100$

$26.657.000 / 74.750.000 \times 100 = 35,66 = 4 \text{ PUNTOS}$

(b.- *Guarismo de 21-40 = 4*)

TOTAL: 22 PUNTOS.

65. De esta suerte, tampoco este cargo resulta procedente, pues, realizada por esta Sala la evaluación de la capacidad financiera del proponente adjudicatario, William Ernesto Caro Cristancho, arroja los mismos resultados a los que llegó la entidad demandada (22 puntos), motivo por el cual se infiere que no existe yerro en la calificación que realizó la Lotería de Boyacá con base en los documentos financieros presentados por el citado proponente con su oferta.

66. En conclusión, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, toda vez que los hechos (actuaciones ilegales) en los que fundó sus pretensiones no fueron acreditados en el plenario, motivo por el cual la legalidad del acto frente a la actora no se debilitó y por ello, la Sala confirmará la sentencia del *a quo*, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda.

67. Finalmente, la Sala no proferirá condena en costas, dado que la actuación de la parte demandante no evidencia temeridad, conducta ésta que sí acarrea tal sanción por constituir un agravio para los intereses de la parte contraria, a más de entorpecer el normal funcionamiento del aparato de justicia, aspecto que no aparece acreditado en el expediente (artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 29 de marzo de 2001, por el Tribunal Administrativo de Descongestión-Sede Bogotá, Sección Tercera.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO