

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación número: 44001-23-31-000-2002-00475-01 (34510)

Actor: ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO

Demandado: EMPRESA DEPARTAMENTAL DE LOTERIAS, JUEGOS DE AZAR DE LA GUAJIRA-EDELGUA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra sentencia de 11 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó toda súplicas de la demanda [fl.458 cp].

ANTECEDENTES

1.- La demanda.

1 La demanda fue presentada el 15 de agosto de 2002 Enilse del Rosario López Romero, para que declarara la nulidad de las decisiones o actos administrativos contractuales “originados en el proceso licitación pública No. 001 de 2002, tramitada por la Empresa Departamental de Loterías, Juegos de suerte y azar de la Guajira” [fl.1 c1], formulando como pretensiones declarativas: (1) declarar la nulidad de la Resolución 06 de 12 de julio de 2002 por “la cual se hacen adjudicaciones de la licitación pública No. 001 de 2002”, en su numeral Tercero [sic], acto expedido por el Sr. [sic] gerente de la Empresa Departamental de Loterías, Juegos de suerte y azar de la Guajira “EDELGUA” y que resolvió adjudicar el contrato de concesión del Juego de Apuestas Permanentes “Chance” para la zona Norte [sic] del Departamento de la Guajira a la sociedad “INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA”; (2) declarar la nulidad del Acta 01 de 2002 del Comité de Evaluación de las propuestas de la licitación pública; y, (3) como consecuencia de las anteriores, declarar nulo “el contrato de concesión para la explotación de las Apuestas Permanentes celebrado con la sociedad INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA” [fls.1 y 2 c1].

1.1 En tanto que como pretensiones de restablecimiento del derecho solicitó: (1) condenar a la Empresa Departamental de Loterías, Juegos de suerte y azar de la Guajira –EDELGUA- “por conducto de la Pagadora [sic] de dicho organismo a pagar” la suma de “CINCO MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MILENARIOS (\$5.050.000.000.00) o en su defecto la suma que se demuestre en el proceso como resarcimiento de perjuicios por no adjudicársele la licitación pública No. 01 de 2002 y celebrar con ella el respectivo contrato de concesión para la explotación de las Apuestas Permanentes “Chance” en el Departamento de la Guajira zona Norte [sic] por un término de cinco (5) años”; (2) que el “monto de la condena ganará intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia que resuelva este litigio contractual hasta el momento en que se produzca el pago efectivo de la suma estimada como restablecimiento del derecho, con los reajustes y corrección monetaria prevista en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo”; y, (3) que la entidad demandada debía dar cumplimiento “en el término de treinta días calendario, dictando la resolución correspondiente en la cual se adopten las medidas necesarias para su cabal cumplimiento; especialmente las de apropiar las reservas presupuestales que garanticen el pago de los perjuicios” [fls.1 y 2, 19 y 20 c1].

1.2 Como fundamento de las anteriores pretensiones expuso los siguientes hechos: (1) el artículo 22 de la Ley 643 de 2001 autorizó a la “operadora de Loterías EMPRESA DEPARTAMENTAL DE LOTERÍAS, JUEGOS DE AZAR DE LA GUAJIRA-EDELGUA” para celebrar contratos de concesión de explotación de juegos de suerte y azar, en particular de los juegos de apuestas permanentes “Chance” en el Departamento de la Guajira, zona Norte, por un término de cinco (5) años, a partir del 15 de agosto de 2002, con la sociedad INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA, por el valor de CINCO MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MILENARIOS (\$5.050.000.000.00) o en su defecto la suma que se demuestre en el proceso como resarcimiento de perjuicios por no adjudicársele la licitación pública No. 01 de 2002 y celebrar con ella el respectivo contrato de concesión para la explotación de las Apuestas Permanentes “Chance” en el Departamento de la Guajira zona Norte [sic] por un término de cinco (5) años; (2) que el “monto de la condena ganará intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia que resuelva este litigio contractual hasta el momento en que se produzca el pago efectivo de la suma estimada como restablecimiento del derecho, con los reajustes y corrección monetaria prevista en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo”; y, (3) que la entidad demandada debía dar cumplimiento “en el término de treinta días calendario, dictando la resolución correspondiente en la cual se adopten las medidas necesarias para su cabal cumplimiento; especialmente las de apropiar las reservas presupuestales que garanticen el pago de los perjuicios” [fls.1 y 2, 19 y 20 c1].

SUERTE Y AZAR DE LA GUAJIRA "EDELGUA", a otorgar a particulares (personas –sic- naturales o jurídica derecho privado) mediante contrato de concesión previa licitación pública y por un término de cinco años, la explotación del monopolio rentístico de las Apuestas Permanentes "Chace", para la respectiva jurisdicción departamental"; (2) el Gerente de la mencionada entidad pública expidió la Resolución número 03 de 21 de mayo de 2002 en la que ordenó abrir la licitación pública número 01 de 2002 "con el objeto adjudicar la concesión por zonas de explotación del Chance en el Departamento de la Guajira"; (3) expedieron los pliegos de condiciones, consignándose en el numeral 1.13.2 que como factor "la experiencia comercial en el Departamento de la Guajira tiene un mayor puntaje, en base (sic) del conocimiento del mercado", lo que fue al momento de la calificación fue "determinante para vencer" a la demandante "Zona Norte del Departamento de la Guajira"; (4) el representante de Enilse del Rosario López Ror entregó a la entidad concedente comunicación el 17 de junio de 2002, en la audiencia de aclaración y precisión de los pliegos de condiciones, donde solicitaba "la modificación al ítem 1.13.2 del Pliego de Condiciones, por tanto discriminatorio para las personas naturales y proponentes que aspiran a realizar actividad monopolística de las Apuestas Permanentes"; (5) el Gerente del EDELGUA mediante comunicación ENV_2002-36 respondió a la consulta realizada para la precisión de los pliegos de condiciones "eludiendo el reclamo frente al trato discriminatorio, con simples silogismos, entre ellos, la extemporaneidad e inatención al reclamo reclamación al haberse señalado el 13 de junio como fecha límite para solicitar las modificaciones fueran pertinentes denegando como consecuencia la petición de modificar el Pliego de Condiciones en el ítem 1.13.2. EXPERIENCIA"; (6) el Comité de Evaluación de las Propuestas mediante el Acta número 024 de junio de 2002 en la que se calificó a la demandante con un puntaje de ochenta y un puntos [81] y a la empresa INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA., con cien [100] puntos, "colocándose a disposición de los interesados la respectiva evaluación de las propuestas", frente a la que el representante de la demandante formuló observaciones a la evaluación de la mencionada empresa, "manifestando que esa propuesta es viciada de manera insalvable en su propia esencia, lo que debe conducir a EDELGUA al rechazo de planear esa oferta, al no cumplir el oferente con los requisitos generales y especiales del Pliego, entre otros como no presentó las declaraciones de renta correspondientes al año gravable 2001, declaración tributaria absolutamente indispensable para calificar dentro del proceso, violando con ello, no sólo las reglas del Pliego sino también el Estatuto Tributario en su artículo 580, literal d), al firmarse dicha declaración por un Representante Fiscal cuyo nombramiento no se encontraba inscrito en el Registro [sic] mercantil, en cuyo caso desconoce el concepto No. 27121 de mayo 7 de 2002 de la DIAN y el artículo 164 del Código de Comercio concordante con los artículos 163, 204 y 485 del mismo Estatuto y la Resolución No. 1072 de 1996 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Se señala también que ese oferente desconoció el numeral 1.18 del Pliego al no presentar propuesta acerca del número de empleos directos, número de agentes, número de vendedores, porcentaje de escrutinio sistematizado [...] se anota que INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA. cumplió con otro requisito del Pliego como es el hecho de no haberse incluido en el cuaderno de ofertas copias de las tarjetas profesionales de todos los contadores que elaboraron los estados financieros incumpliendo además con el deber legal de adjuntar copias de certificación que expide la Junta Central de Contadores en donde consta la vigencia de la inscripción y el registro de antecedentes disciplinarios"; (7) la empresa adjudicataria también formuló observaciones a la propuesta de la demandante; (8) la demandante interpuso acción de tutela, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha que ordenó la suspensión provisional de la aplicación del numeral 1.13.2 relacionado con la experiencia del pliego de condiciones; (9) el 4 de julio de 2002 el Gerente de EDELGUA recibió notificación de la providencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito con la que se denegó la tutela improcedente, dejando sin efectos la mencionada suspensión provisional; (10) el representante de la demandante solicitó que la audiencia de adjudicación se hiciera públicamente, pero fue negada por haberse solicitado en los términos del artículo 273 de la CP; (11) la licitación fue adjudicada a la sociedad INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA [fls.20 a 23 c1].

2. El trámite procesal.

2 Antes de admitir la demanda el Tribunal accedió a la solicitud de la parte demandante y ofició al gerente de EDELGUA para que enviara "copia autenticada de la Resolución No. 06 de fecha 12 de julio de 2002 Acta No. 01 de 2002 y del contrato de concesión celebrado entre la sociedad Inverapuestas de La Guajira Ltda y EDELGUA", así como ofició a la "DIAN Local Riohacha para que envíe copia autenticada [sic]

Concepto No. 27112 de mayo 7 de 2002" [fl.47 c1].

3 Admitida la demand y noticiados la parte actora y la Empresa Departamental de Loterías, Juego Suerte y Azar de la Guajira –EDELGU, el asunto se fijó en lista, contestando éste última oponiéndose a las pretensiones de la demand. A su vez, la empresa Inverapuestas de la Guajira Limitada por medio de su apoderado presentó recurso de reposición contra el auto de 13 de marzo de 2003, solicitando revocación y rechazar la demand [fls.291 a 299 c1]. Dicho recurso se resolvió por auto de 9 de julio de 2003 que confirmó la providencia recurrida [fls.304 y 305 c1]. Resuelto lo anterior, la empresa Inverapuestas de la Guajira Ltda contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demand.

4 Después de decretar y practicar las pruebas peticionadas, permaneció el expediente en secretaría por un término de diez [10] días para que las partes manifestaran si les asistía o no ánimo conciliatorio [fl.408] y luego se corrió traslado a las partes para presentar alegato, y a su vez al Ministerio Público para emitir concepto respectivo.

3. La sentencia del Tribunal.

5 El Tribunal Administrativo de la Guajira profirió sentencia el 11 de julio de 2007 en la que resolvió negar todas las pretensiones de la demanda, y (2) no condenar en costas [fl.458 cp].

6 Para tomar estas decisiones el Tribunal se sustentó en las siguientes razones y argumentos:

6.1 En primer lugar, el Tribunal resolvió las excepciones propuestas por Inverapuestas de la Guajira Ltda de la siguiente manera: (1) la de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción prospera porque "[...] es indudable que lo que pretendió el demandante fue la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, con fundamento en las causales 2ª y 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1.993 anterior se desprende, de lo manifestado en el numeral 2) [...] Además la forma como está redactada el petitum, deja entrever que el resultado de la nulidad de los actos previos, es la declaratoria de nulidad del contrato"; (2) la de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones prospera porque "[...] la acción incoada fue la relativa a controversias contractuales"; y, (3) la de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales no prospera porque se cumplió lo consagrado en el artículo 137.4 del Código Contencioso Administrativo, así como que el concepto de violación "no indefectiblemente al juez ni a las demás partes, y el hecho de no estar de acuerdo con él, no significa que no se haya incluido en la demanda" [fl.448 cp].

6.2 En relación con el fondo se argumentó por el Tribunal: (1) la "fijación de un puntaje diferencial al factor experiencia, tal como se hizo en el pliego, quebranta uno de los elementos del derecho a la igualdad de condiciones de los proponentes, establecido en la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo"; (2) "el pliego de condiciones no aparece ninguna explicación de la razón por la cual se estableció un puntaje diferente para los proponentes de fuera del departamento"; (3) las "razones expuestas por la administración para justificar su conducta, no son ni razonables ni proporcionadas, ya que no explican el porqué [sic] de un trato disímil, sino que exponen los mecanismos para superar tal desigualdad. Además, tampoco revelan el motivo por el cual considera la empresa pública, que los proponentes estén en supuestos desiguales"; (4) "el haber incluido puntajes diferentes en la licitación para el factor experiencia, a los proponentes de fuera del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA es un acto discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad"; (5) "los oferentes tenían plazo para proponer las modificaciones o aclaraciones que consideraran necesarias hasta el trece (13) de junio de dos mil dos (2.002), en la audiencia solicitada para tal efecto, pero por parte, la proponente EMILSE [sic] DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO, solicitó en tiempo dicha diligencia, y, por la otra, la solicitud de modificaciones sólo se presentó el diez y siete (17) de junio de dos mil dos (2.002) cuando ya había precluido la oportunidad para tal fin. El tribunal concluye [...] que aceptar dichas modificaciones en forma extemporánea sería violatorio del pliego de condiciones y por ende del debido proceso"; (6) "considera el tribunal que el debido proceso debe primar sobre el derecho a la igualdad"; (7) "la empresa de la señora ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO, debió acogerse a los términos indicados en el pliego de condiciones para solicitar las modificaciones, como no lo hizo así, su oportunidad le precluyó y no es este el momento para argumentar la violación al derecho fundamental de la igualdad de condiciones".

fundamento de su pretensión"; (8) no hubo desviación de poder en la elaboración de los pliego de condiciones; (9) "las razones expuestas por INVERAPUESTAS LIMITADA y por la entidad pública [...] so recibo y lo llevan a concluir que no es cierto que la licitación fuera adjudicada a la compañía citada con requisitos esenciales"; (10) "la evaluación y calificación de las ofertas para la zona norte se hizo ac con lo establecido en el pliego de condiciones, por lo que objetivamente, de acuerdo con el pur asignado, la propuesta de INVERAPUESTAS LTDA ocupó el primer lugar"; (11) en cuanto a la realizació la audiencia pública, en "el sublite no existe prueba que alguno de los proponentes hubiese hecho la pet al organismo del control, tal como lo ordena la norma superior, por tal motivo, hizo bien la empresa pú en negar el pedimento que presentó la señora ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO"; y, (12) concluyó no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados [fls.448, 451, 453, 454, 456 y 457]

4. El recurso de apelación presentado.

7 Contra la sentencia de primera instancia se alzó la parte demandante de la siguiente manera.

7.1 La parte actora en su recurso de apelación consideró (1) que "no se trató de la carga que ten proponente de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones, por la misma exigencia de documento y de la ley, sino de la exclusión de un código o ítem contrario al mandato constituc violatorio del Derecho [sic] a la Igualdad [sic], y para el cual la Administración [sic] Concedente [sic ninguna justificación no suprimió y que al final fue precisamente el que le otorgó el puntaje a la Emp [sic] que era oriunda de dicho departamento de la Guajira" [fl.462 cp]. Agregó, (2) que no "se trató en caso de solicitar aclaraciones o modificaciones de reglas técnicas del Pliego de Condiciones sencillamente de eliminar un ítem que implicaba un abuso de posición de la Administración favorable unos ofertantes y desfavorables para otros [fl.463 cp]. Así mismo, (3) se argumentó que pese a reclamaciones de la demandante "antes de la adjudicación, como interesada en la licitación para que : garantizara idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades, así ese reclamo no fuera hecho (audiencia de precisión y aclaración de los Pliegos [sic], no puede inferirse que ante semejante ilegalida argumente un posible saneamiento, por extemporaneidad en el reclamo" [fl.463 cp]. Reconoce que (4 "cierto que el Pliego como acto prejudicial negociado tiene carácter vinculante y obligatorio para los partíc del proceso licitatorio incluyendo a la Administración, y como tal, sólo puede ser modificado de acuerdo el Estatuto contractual antes del cierre de la licitación, cuando de condiciones generales se trata, no qu decir ello que la Administración no tenga la potestad de enmendar incluso de oficio ese acto administr unilateral cuando aparece de manifiesto una clara violación a un derecho fundamental" [fl.464 cp]. finalmente, concluyó que la licitación "se celebró con el vicio de la desviación de poder" [fl.466 cp].

8 Mediante auto de 10 de agosto de 2007, el Tribunal Administrativo de la Guajira concedió el recurs apelación presentado oportunamente por la parte demandante [fl.469 cp].

5. Actuación en segunda instancia.

9 Mediante auto de 28 de septiembre de 2007 esta Corporación admitió el recurso [fl.473 cp]. Lueg corrió traslado a las partes por auto de 9 de noviembre de 2007 [fl.478 cp], para presentar los aleg finales, y en caso de solicitarlo al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

10 La parte actora reiteró lo sostenido en la demanda y en el recurso de apelación.

11 La demandada EDELGUA en sus alegatos planteó similares argumentos que en la contestación c demanda.

12 En su concepto el Ministerio Público solicitó denegar las pretensiones de la demanda con base er siguientes argumentos: (1) en cuanto a la caducidad consideró que "se tiene que la parte actora imp los actos previos al contrato, en este caso, el Acta del Comité de Evaluación de las propuestas, de fech de junio de 2002 (fls 53 a 62 c.1), y la Resolución de Adjudicación de la Licitación, comunicada el 12 de de 2002 (fl 14 c.1), sino también la declaratoria de nulidad del contrato, y teniendo por establecido este último se suscribió el 13 de julio de 2002, ello quiere decir, que tal acto se realizó antes vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulid

restablecimiento del derecho, y como la demanda se presentó el 15 de agosto de 2002, ello quiere decir la acción se interpuso dentro del término [sic] de caducidad de dos años previsto en el artículo 136 C.C.A.”; (2) “la ventaja de puntos para aquellos que acreditaran experiencia comercial dentro Departamento de la Guajira, constituye una discriminación frente a los oferentes que no la tuvieran, pues el tratamiento diferencial resulta contrario al principio de transparencia y al deber de selección objetiva consagrados en la Ley 80 de 1993, en sus artículos 24, numeral 5º, literal o; 29 inciso primero”; (3) por lo anterior, “la parte actora, dentro de las pretensiones de la demanda no impugnó, como tampoco so de manera clara y expresa la declaratoria de nulidad de los pliegos de condiciones, y bajo tal omisión re: improcedente una declaratoria en ese sentido, pues se recuerda a la parte demandante que la jurisdicción contenciosa administrativa es rogada”; (4) luego, “bajo la premisa de que el acto precontractual contenido en los pliegos de condiciones, debe mantenerse en los términos indicados en ellos, dado que los mismos han sido anulados o suspendidos por la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, no hay razón alguna para inferir que el acto de adjudicación de la licitación pública No 01 de 2002, contenido en la Resolución 06 de 12 de julio de 2002, sea violatorio de los derechos de la parte actora, pues lo cierto es que lo decidido en el precitado acto precontractual, se sujetó de manera meridiana a los parámetros indicados en el pliego de condiciones”; (3) en ese sentido, “los pliegos de condiciones resultaban obligatorios en la forma en que quedaron redactados, no sólo para la entidad licitante, sino para los diferentes oferentes que se presentaron a ella, máxime cuando no fueron objeto de modificación alguna dentro de las oportunidades previstas en el acto. Bajo tales condiciones, al Comité Evaluador, no le quedó alternativa distinta que aplicar los criterios de evaluación señalados en ellos con respecto a todas y cada una de las propuestas, y a su turno a la Entidad [sic] demandada, expedir el correspondiente acto administrativo de adjudicación de la licitación pública No 01 de 2002, sin que ello implique inferir desconocimiento o transgresión de norma legal alguna, pues se reitera, para ese momento como hasta ahora, los pliegos de condiciones eran y son obligatorios, y con respecto de ellos no había operado, como tampoco ahora la declaratoria de nulidad o suspensión por parte de la Jurisdicción Contenciosa, pues para el caso concreto, se reitera [sic], que por descuido y falta de diligencia de la actora, se omitió incluir dentro de sus pretensiones la declaratoria de nulidad del precitado acto precontractual, que a su turno era el fundamento para invocar no sólo la declaratoria de nulidad de la resolución de adjudicación de la licitación, sino también la nulidad del contrato suscrito con la tercera parte interviniente”; (4) de otra parte, la propuesta de la demandante “tampoco hubiera sido favorecida con la adjudicación”, a lo que se agrega la ausencia de prueba que permitiera la comparación objetiva de las propuestas presentadas; y, (5) se solicitó “que se compulse copia ante las autoridades competentes, que se investigue a la entidad licitante por la forma en que fueron elaborados los pliegos de condiciones [fls.514 a 524 cp].

13 No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzadas de apelación previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Como apeló la parte demandante, la Sala de Sub-sección abordará el mismo con el alcance que la Constitución, la ley y la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] han determinado.

1.1 En vista de que sólo apeló la parte actora, debe tenerse en cuenta la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] donde se dirimió una cuestión de derecho para llegar a la solución jurídica en los siguientes términos:

“Conviene puntualizar que la no reformatio in pejus –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto e ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: i).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en real

comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demanda demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; ii).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo "... aun cuando fuere desfavorable al apelante" [artículo 357, inciso final, C. de Procedimiento Civil].

[...]

Por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo a sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolvit quantum appellatum'.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos, la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, obligan al juez de la causa a decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad con la decisión censurada.

1.2 Con fundamento en la sentencia de Sala Plena se abordará el estudio y decisión del recurso de apelación presentado únicamente por la parte demandante.

2. De la lectura de la demanda tanto en el acápite de normas violadas, como en el concepto de violación encuentra que el demandante centra el debate jurídico, que reitera en la apelación a que se considere que la oferta era mejor que la del adjudicatario Inverapuestas de la Guajira Ltda, lo que de entrada hace imprósperas las pretensiones de la demanda.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como ratio decidendi para sustentar su decisión así: 1) Presupuestos para la configuración de los pliegos de condiciones; 2) Naturaleza de los pliegos de condiciones; 3) Perfil del posible concesionario, sujeción al principio de selección objetiva; 4) Subsancionabilidad de las propuestas; 5) Ineficacia de pleno derecho de las cláusulas o estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones; 6) Análisis del caso concreto; 7) Sobre la pretensión relativa a la nulidad del acto de adjudicación y del contrato.

2.1. Presupuestos para la configuración de los pliegos de condiciones.

El pliego de condiciones se erige en uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y consiguientemente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él. Se trata de las "condiciones normativas rectoras del contrato, esto es, de las disposiciones a las cuales deben someterse la administración y los proponentes para la escogencia, celebración, ejecución y liquidación del contrato y que no se encuentran establecidas en las normas legales y reglamentarias.

2.2. Naturaleza de los Pliegos de condiciones.

Los pliegos de condiciones "comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva del ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación.

El desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por lo tanto cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.

2.3. Perfil del posible concesionario – sujeción al principio de selección objetiva.

De acuerdo con la doctrina "el fenómeno del perfil del posible concesionario es un problema sujeto a reglas y principios que deben quedar definidos en los estudios previos y en los pliegos correspondientes pero de "todas formas, resulta importante destacar que de manera objetiva el legislador ha definido algunas reglas, vinculadas al desarrollo y sistematización del principio de objetividad, selección objetiva", ya que "deber de selección objetiva constituye un concepto rector de carácter universal dentro de los procedimientos contractuales del Estado, que debe ser acatado y respetado por todos los servidores públicos independientemente del trámite que corresponda agotar para la escogencia de contratistas. En este sentido no puede entenderse una selección de contratistas para atender necesidades propias de los intereses generales en donde no se aplique y desarrolle ampliamente este principio de la contratación.

2.4. Subsanabilidad de las Propuestas.

Ahora bien, la "ley establece los criterios para la determinación de los factores de escogencia y calificación, haciendo diferencias entre reglas de simple verificación de requisitos y reglas para la determinación de factores de escogencia e, igualmente, determinando los parámetros sobre los cuales pueden considerarse objetivamente los ofrecimientos más favorables a la entidad. El anterior marco de referencia se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente. En la realidad de las cosas, se observa con la incorporación de esta regla, una inversión en las cargas de corrección de las propuestas, esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar. Lo no solicitado por la administración no hecho queda subsanado.

2.5. Ineficacia de pleno derecho de las cláusulas o estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones.

Determinado el alcance, contenido y límites aplicables a los pliegos de condiciones debe la Sala determinar los presupuestos con base en los cuales puede afirmarse la ineficacia de pleno derecho de una cláusula o estipulación incorporada al pliego de condiciones dentro de un proceso de licitación como el ocurrido en el presente caso.

De acuerdo con la doctrina los "particulares, al disponer de sus intereses, pretenden la satisfacción de sus necesidades de bienes y servicios y utilizan para ello al negocio jurídico como un instrumento que les permite brindar la finalidad que persiguen.

Así mismo, doctrinariamente se afirma que el "negocio jurídico como acto de la autonomía privada orientado a regular intereses y a satisfacer necesidades debe cumplir legítimamente su función económica y social puesto que sólo en la medida en que así ocurra será merecedor de la tutela del ordenamiento. Por lo tanto, que si bien al particular le compete regular sus intereses, esto es, tiene una competencia dispositiva, el Estado le corresponde reconocer y disciplinar el ejercicio de la autonomía privada. En desarrollo de

competencia normativa el Estado establece límites, presupuestos o requisitos para que el particular ejerce su poder dispositivo, todo con miras a preservar valores supremos, lograr el cumplimiento de las normas cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres, proteger a los terceros, tutelar a los incapaces, o defender el interés particular de quien se halla en una circunstancia digna de protección. Luego, para que la regulación de un interés obtenga el amparo del ordenamiento jurídico, no es suficiente con que cumpla con una función económico social sino que además debe ajustarse a las pautas señaladas por el Estado para la disposición de ese interés. Con otras palabras, el acto dispositivo, para que sea digno de protección, amén de cumplir una función económico-social, debe estar en consonancia con la disciplina que en el ordenamiento se ha establecido. En consecuencia, si el negocio no cumple con la función que le corresponde o si se aparta o contraría la disciplina que el ordenamiento impone, será irrelevante y será valorado negativamente por él. Si lo que ocurre es que la disposición de intereses se realiza excediendo las limitaciones o contrariando los presupuestos o requisitos que el ordenamiento exige, puede sobrevenir una reacción del orden jurídico que, a título de sanción, se materializa en la destrucción del acto y contera de los efectos que está llamado a producir. Dicho de otra manera, en los casos como el que acaba de mencionar, el ordenamiento hace un juicio normativo de valoración negativa de ese acto de disposición de intereses que ha sido realizado contradiciendo las limitaciones, presupuestos o requisitos que persiguen preservar valores supremos, asegurar el cumplimiento de las normas en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres, proteger a los terceros, tutelar a los incapaces o defender el interés particular de quien se halla en una circunstancia digna de protección.

La ineficacia de pleno derecho o la "fórmula pro non scripta" –siguiendo la formulación doctrinaria- es un juicio de valoración negativa que se materializa de pleno derecho", y que implica "una sanción in limine que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que en los expresos casos, la específica cláusula o pacto agresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado.

3.- La Sala tiene como medios probatorios para su análisis los siguientes.

3.1 Aportadas con la demanda

1. Oficio ENV.2002-53, de 12 de julio de 2002, del Gerente de la Empresa Departamental de Loteos, Juegos de Suerte y Azar de la Guajira –EDELGUA" [fl.14 c1], con el que se informó y se puso en conocimiento del apoderado de Enilse López Romero "copia de la Resolución No. 06 de 2.002, por la que se hacen las adjudicaciones de la Licitación Pública No. 01 de 2.002", en la que aparece en lápiz que fue recibida el 15 de julio de 2002 [fl.14 c1].

2. Resolución No.06, de 12 de julio de 2002, por la que el Gerente de EDELGUA en uso de las facultades conferidas por la Junta Directiva se hicieron las adjudicaciones de la licitación pública No. 01 de 2002 [fl. 7 a 7 c1], de la que se extrae:

"[...] 1.- Que por la Resolución N° 03 del 21 de Mayo [sic] de 2002, expedida por esta Gerencia se ordenó abrir la Licitación Pública No. 01 de 2002, con el objeto de ADJUDICAR LAS CONCESIONES DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES "CHANCE".

2.- Que en los Pliegos de Condiciones se contempló dividir el territorio del departamento en la ZONA NOROCCIDENTAL, ZONA CENTRO y ZONA SUR.

3.- Que el plazo de la licitación estuvo comprendido entre las 08 horas del 07 de Junio [sic] y las 3 y 30 de la tarde del 19 de Junio [sic] de 2002.

4.- Que los Pliegos de Condiciones de la oferta pública fueron adquiridos por:

APUESTAS LAS MARGARITAS LTDA.

APUESTAS DEL SUR DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA – APSUR GUAJIRA S.A. y

INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA.

ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO

5.- Que según el ACTA DE CIERRE DE LA LICITACION No. 01 DE 2002 (Apertura de Urna) oportunamente es, dentro del término señalado en la convocatoria para presentar ofertas, estas fueron presentadas [sic] por los mismos adquirentes del Pliego de Condiciones.

6.- Que para la ZONA NORTE se presentaron dos ofertas, la primera formulada por la señora ENILSE ROSARIO LOPEZ ROMERO, como persona natural y la segunda por la sociedad INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA.

Que para la ZONA CENTRO se presentó igualmente una única propuesta formulada por APUESTAS MARGARITAS LTDA.

Que para la ZONA SUR se presentó una única oferta por parte de la sociedad APUESTAS DEL SUR DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA – APSURGUAJIRA S.A.

7.- Que la oferente ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO, por intermedio de apoderado, radicó en las oficinas de "EDELGUA", el 17 de Junio [sic] del año en curso escrito en el cual solicitó la "aclaración de algunos de los partes del pliego y, además, solicitó la "modificación" del ítem 1.13.2 EXPERIENCIA, de los términos de referencia.

8.- Que por la comunicación ENV.2002-36 del 18 de Junio [sic] de 2002, dirigida al apoderado con carácter de solicitante, esta gerencia, accedió a aclarar los [sic] partes del pliego que consideró conducentes y de la solicitud de modificación del ítem 1.1.32 EXPERIENCIA, por las consideraciones en ella expuestas.

9.- Que dentro del término y oportunidad previstas en el [sic] pliego de condiciones, el comité de evaluación de las propuestas, expidió o elaboró el Acta No. 01 del 24 de junio de 2002, denominada "RESULTADO DE LA EVALUACION DE LAS PROPUESTAS PARA LA LICITACION [sic] PUBLICA No. 01 DE 2002, CONCESION DE JUEGOS DE APUESTAS PERMANENTES "CHANCE".

10.- Que de conformidad con el texto de la citada Acta, la evaluación de las propuestas Presentadas para cada una de las Zonas, presentó [sic] los resultados siguientes:

ZONA NORTE

ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO: OCHENTA Y UN PUNTOS (81)

INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA. CIEN PUNTOS (100)

[...]

11.- Que el informe o Acta de EVALUACION DE LAS PROPUESTAS estuvo a disposición de los interesados el término de cinco (5) días hábiles, previstos en el numeral 20 del Pliego de Condiciones.

12.- Que durante este término, la oferente ENILSE DEL SOCORRO LOPEZ ROMERO, formuló observaciones a la evaluación de la propuesta de INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA y, a su vez, esta última formuló observaciones a la evaluación de la propuesta presentada por ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO.

13.- Que con el objeto de garantizar los derechos de los proponentes de controvertir las actuaciones cumplidas dentro del proceso licitatorio, esta Gerencia, por la Resolución N° 005 de 2002, solicitó aclaraciones a las observaciones, para lo cual, hizo entrega a los interesados de los escritos en que estas formularon.

14.- Que los proponentes ENILSE DEL SOCORRO LOPEZ ROMERO e INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA presentaron oportunamente las aclaraciones solicitadas en escritos radicados el 08 de Julio [sic]

presente año y, en general, presentaron explicaciones satisfactorias a los cargos formulados a cada un sus respectivas ofertas.

15.- Que además, en escrito recibido del Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad el 25 de J [sic] de 2002 y expedido dentro de la Acción de Tutela instaurada por la interesada señora ENILSE SOCORRO LOPEZ ROMERO, se ordenó la suspensión provisional de la aplicación del ítem No. 1.13.2, refe a la EXPERIENCIA del pliego de condiciones.

16.- Que en las horas de la tarde del día 04 de Julio [sic] de 2002, esta Gerencia recibió notificación c providencia expedida por el mismo Juzgado, en la cual se denegó la tutela por improcedent consecuencialmente, según las consideraciones de la decisión, se dejó sin efectos la orden inicia suspensión de la aplicación del ítem 1.13.2 EXPERIENCIA.

17.- Que en comunicaciones radicadas en EDELGUA, los días 3 y 10 de Julio [sic] últimos, respectivame el apoderado de la oferente ENILSE SEL [sic] SOCORRO LOPEZ ROMERO, solicitó directamente esta Gere que el acto de adjudicación tenga lugar en audiencia pública.

RESUELVE:

Primero.- Mantener la calificación de las diferentes propuestas elaborada por el Comité de evaluaci contenida en el Acta No. 01 de 2002, denominada "RESULTADO DE LA EVALUACION DE LAS PROPUES PARA LA LICITACION PUBLICA No. 01 de 2002", incluido el puntaje establecido para el ítem I. EXPERIENCIA.

Segundo.- Abstenerse de realizar la adjudicación en Audiencia Pública, por no haberse solicitado corr establece el artículo 273 de la Constitución Política y por considerar que en el proceso se han garanti los derechos de los interesados y se han observado los principios de la Contratación de las Entid Públicas.

Tercero.- Adjudicar los contratos de Concesión [sic] del Juego de Apuestas Permanentes "Chance", para tres (03) zonas en que para los fines de la Licitación se dividió el territorio del departamento, a los ofere siguientes:

Zona Norte:

INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA., sociedad constituida y domiciliada en Maicao y representada por Gerente el señor DEMETRIO ABUCHAIBE PIZANO [...]" [fls.4 a 6 c1].

3. Copia del Acta número 01, de 24 de junio de 2002 que contenía el "RESULTADO DE LA EVALUACIÓN LAS PROPUESTAS PARA LA LICITACIÓN PUBLICA NO. 01 DE 2.002 CONCESIÓN DE JUEGOS DE APUE PERMANENTES "CHANCE" [fls.8 a 11 c1], así como sus respectivas tablas de evaluación [fls.12 y 13 c1].

4. Comunicación, de 10 de julio de 2002, del apoderado de Enilse López Romero [fl.17 c1], en la expresó al Gerente de EDELGUA lo siguiente:

"[...] solicito a usted fijar fecha y hora para la celebración de la Audiencia Pública de Adjudicación Contrato de Concesión de Apuestas Permanentes, con tiempo que permita comunicar de ésta a diferentes Organismos de Control del estado, a los medios de comunicación, a las Veedurías Ciudadanas público en general, con el objeto que cada uno de éstos entes tengan posibilidad de conocer el pro licitatorio en general y hacer una participación positiva en éste.

Es conveniente advertirle que de no verificarse con suficiente anticipación la notificación de la Audier estaría usted provocando que fuera nugatorio el derecho instituido en el artículo 273 de la Constitu Política de Colombia y en el mismo Pliego de Condiciones y además de no garantizar el cumplimiento [sic principio de transparencia en la Contratación Pública, estaría incurriendo en falta disciplinaria" [fl.17 aparece con recibido del 10 de julio de 2002].

5. Comunicación, de 12 de julio de 2002, del apoderado de Enilse López Romero [fl.16 c1], en la expresó al Gerente de EDELGUA lo siguiente:

"[...] Observo con preocupación el manejo que se le viene dando al proceso de licitación pública referenciado, en atención al número de violaciones al Pliego de Condiciones efectuado por Inverapuesta La Guajira Ltda sin que en cada una de las etapas pertinentes se hubiese sancionado la trasgresión a reglas o normas que guían el proceso. De igual forma encuentro desajustado el aplazamiento injustificado que se ha hecho de la diligencia de adjudicación del contrato de concesión y mucho menos entiendo motivo de las pocas garantías ofrecidas al no fijarse oportunamente fecha y hora para la celebración de adjudicación pública, tal como le fuera solicitado en su oportunidad.

Lo anterior sin olvidar el probable favorecimiento que desde un inicio se vislumbra hacia Inverapuesta La Guajira Ltda., en el sentido de preparar las condiciones de tal manera que sólo esa empresa pueda calificar mejor.

En consecuencia de lo anterior, le pido estudie a fondo las actuaciones que EDELGUA ha efectuado y venideras, a fin de que éstas se ciñan a la Constitución, la Ley y los mismos términos de referencia y no deriven de conductas irregulares daños a las arcas del departamento o de los particulares involucrados [fl.16 c1, aparece con firma de recibido el 12 de julio de 2002].

3.2 Pruebas ordenadas a solicitud de la parte actora antes de la admisión de la demanda

6. Oficio número 8025001-00105, de 28 de agosto de 2002, de la Administradora DIAN Local Riohacha [fl.49 c1], con la que se remitió "dos folios correspondientes a la impresión tomada de Internet del Conc N° 027112 del 7 de mayo de 2002 proferido por la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales" [fl.49 c1].

6.1 Extracto del concepto número 027112 de 7 de mayo de 2002 [fls.50 y 51 c1], según el cual:

"[...] En reiteradas ocasiones este Despacho ha señalado que no se entiende cumplido el deber de presentar la declaración tributaria cuando se omite la firma del Contador Público o Revisor Fiscal existiendo obligación legal de ser suscrita por uno u otro.

Tal circunstancia se configura "no solamente por la ausencia física de la respectiva firma, sino también cuando aún apareciendo la declaración suscrita por revisor fiscal, lo ha sido por persona diferente a quien legalmente debe suscribirla en tal calidad, es decir la persona que esté legalmente inscrita como tal en el registro mercantil", planteamiento sostenido por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de 26 de mayo de 1996.

[...]

Sin embargo en reciente pronunciamiento, distinguido con el No 11137 del 15 de junio de 2007 del Honorable Consejo de Estado al decidir una situación de carácter particular cambia la posición anteriormente argumentada, al concluir que "no procede aludir como "omisión" de la firma del Revisor Fiscal; la razón es que su nombramiento no ha sido inscrito en el registro mercantil, toda vez que sería darle al registro un alcance superior del que realmente tiene y sancionar por un hecho no previsto en el literal d) del artículo 580 del Estatuto Tributario".

Al respecto este Despacho considera que la ley comercial consagra que el Revisor Fiscal inscrito en el registro mercantil conforme con lo dispuesto por el artículo 163 del Código de Comercio, previa constancia de aceptación del cargo según lo prevé la Circular Externa 15 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio, conserva tal carácter "para todos los efectos legales". En consecuencia, mientras se cancele dicha inscripción, como lo establece el artículo 164 del Código de Comercio, la figura del Revisor Fiscal así regulada, produce en el ámbito fiscal indiscutiblemente los efectos señalados por la ley, razón por la cual la Administración Tributaria reconoce el carácter de Revisor Fiscal a quien figura inscrito en el registro Mercantil como mecanismo que permite darle publicidad a los actos sometidos a este requisito.

Por lo tanto, existiendo la obligación fiscal de presentar las declaraciones tributarias firmadas por el Reg. Fiscal cuando sea el caso, se tendrán como válidas las firmas de quien figure inscrito en dicho Reg. Mercantil" [fls.50 y 51 c1].

6.2 Oficio, de 16 de septiembre de 2002, del representante legal de EDELGUA [fls.53 y 54 c1], con el que remitieron los siguientes documentos: (1) copia auténtica de la Resolución número 06 de 12 de julio de 2002; (2) copia auténtica del Acta número 01 de 2002; (3) copia auténtica del contrato de concesión celebrado con la sociedad Inverapuestas de la Guajira Ltda; (4) copia auténtica del Acta de Cierre número 01 de 2002; (5) copia de la comunicación de Enilse del Rosario López Romero, recibida el 17 de junio de 2002 solicitando aclaración de los pliegos; (6) copia de la comunicación número ENV.2002-36, de 17 de junio de 2002, con la que la gerencia de EDELGUA respondió a la anterior solicitud; (7) copia de comunicaciones con las que los oferentes Enilse López Romero e Inverapuestas de la Guajira "presentaron mutuas observaciones a sus respectivas evaluaciones"; (8) copia de la Resolución número 06 de 2002 por medio de la que se corrió traslado de las observaciones y se solicitó las aclaraciones; (9) copia de las aclaraciones formuladas por cada oferente; (10) copia de la acción de tutela presentada por Enilse López Romero ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha; (11) copia de contestación de la gerencia de EDELGUA a la acción de tutela; (12) copia de la sentencia de tutela proferida por el mencionado juzgado; (13) copia de la comunicación de Enilse López Romero con la que solicitó la celebración de audiencia pública; y, (14) copia de la comunicación JSCDC-0561 con la que se ordenó la suspensión del numeral 1.13.2" [fls.53 y 54 c1].

6.2.1 Resolución número 06 de 12 de julio de 2002, "POR LA CUAL SE HACEN LAS ADJUDICACIONES DE LICITACION PUBLICA No. 01 de 2002" [fls.55 a 58 c1].

6.2.2 Acta número 01, de 24 de junio de 2002 que contenía el "RESULTADO DE LA EVALUACIÓN DE PROPUESTAS PARA LA LICITACIÓN PUBLICA NO. 01 DE 2002 CONCESIÓN DE JUEGOS DE APUESTAS PERMANENTES "CHANCE" [fls.59 a 64 c1].

6.2.3 Contrato de concesión del juego de apuestas permanentes –Chance-, número 5, celebrado y sus anexos entre la Empresa Departamental de Loterías, Juegos de Suerte y Azar de la Guajira –EDELGUA/ Inverapuestas de la Guajira Limitada el 13 de julio de 2002 [fls.65 a 73 c1], de cuyas cláusulas se extraen:

"[...] 1.- EDELGUA ejerce, en nombre del Departamento de La Guajira, el monopolio de explotación, explotación y otros del juego de apuestas permanentes, comúnmente conocido como CHANCE, y regulado principalmente por la Ley 643 de 2001 y demás normas legales y reglamentarias vigentes.

2.- Previo trámite [sic] licitatorio, se ha adjudicado mediante Resolución No. 06 de fecha 12 de Julio [sic] de 2002, el contrato de concesión para la explotación de apuestas permanentes en la Zona Norte del Departamento de La Guajira, por un término [sic] de cinco (5) años, contados a partir del inicio de ejecución del presente contrato, que está previsto para el 3 de febrero del año 2003 [...]

CLAUSULA PRIMERA: OBJETO. El objeto de este contrato lo constituye la concesión por parte de EDELGUA del juego de apuestas permanentes como administradora del monopolio que ejerce el Departamento de La Guajira, cambio del pago de derechos de explotación, gastos de administración y cuota parafiscal, de modo que el CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo ejecute directamente la actividad de apuestas permanentes, en la Zona Norte del territorio del Departamento de La Guajira, bajo el control, la dirección y la supervisión del CONCEDENTE, empleando únicamente los formularios oficiales que éste le suministre.

[...]

CLAUSULA TERCERA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Hacen parte del presente contrato los siguientes documentos:

1. El pliego de condiciones
2. El acto que ordena la apertura de la licitación.

3. Los avisos de prensa
4. Los addendos [sic] a los pliegos, si los hubiera
5. La propuesta de EL CONCESIONARIO
6. Los contratos que se suscriban para la obtención de garantías exigidas
7. Las actas que se suscriben durante su vigencia.
8. La resolución de adjudicación.
9. Todas las normas vigentes sobre el juego de apuestas permanentes, cualquiera sea su orden de naturaleza.
10. Los demás documentos especificados en pliego de condiciones y en el contrato".

[...]

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: VALOR DEL CONTRATO. El valor de es [sic] este contrato es el que corresponde a la totalidad de los derechos de explotación garantizados como mínimo durante su ejecución. Es decir para todos los efectos fiscales el valor de este contrato es de DOS MIL UN MILLONES DE PESOS (\$2.001'000.000)" [fls.65, 66 y 72 c1].

6.2.4 Acta de cierre de licitación número 01 de 19 de junio de 2002 [fls.74 y 75 c1].

6.2.5 Comunicación de Enilse del Rosario López Romero, recibida el 17 de junio de 2002, solicitando aclaración de los pliegos [fls.77 a 85 c1].

6.2.6 Oficio número ENV.2002-36, de 18 de junio de 2002, con la que la gerencia de EDELGUA [fls.86 y 87 c1], con la que se respondió al apoderado de Enilse López Romero la "solicitud de modificación de aclaración al Pliego de Condiciones".

6.2.7 Resolución número 05, de 4 de julio de 2002, "POR LA CUAL SE PRORROGA EL PLAZO Y SE SEÑALA NUEVA FECHA PARA LA ADJUDICACION DE LA LICITACION PUBLICA No. 001 DE 2.002 Y SE ADOPTAN OTRAS DECISIONES" expedida por el Gerente de EDELGUA [fls.91 y 92 c1], según la cual:

"[...] 3.- Que por acción de tutela instaurada por la proponente ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO señor Juez [sic] de tutela por providencia de la que fue informada esta Gerencia, el día 25 de junio de 2002 ordenó "la suspensión de la aplicación del acto o Item [sic] 1.13.2 referido a la experiencia" de los criterios de evaluación de las propuestas.

4.- Que por escrito presentado el 27 de junio del presente año esta gerencia recurrió la decisión del señor Juez [sic] de tutela, pero hasta la fecha y la hora de elaboración de esta Resolución, no ha sido notificada decisión alguna sobre el recurso interpuesto.

[...]

6.- Que además, por escritos radicados en esta oficina el día 2 de julio la oferente ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO formuló observaciones a la propuesta formulada por INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA y, a su vez, esta última en escrito radicado la misma fecha formuló observaciones a la evaluación de la propuesta formulada por la señora LOPEZ ROMERO.

7.- Que de conformidad con el Pliego de Condiciones, la adjudicación de la licitación estaba prevista para el día 4 de Julio [sic] del presente año de 2002.

8.- Que con el propósito de garantizar los principios de igualdad de los oferentes, su derecho a contro-

las evaluaciones y, también, en ejercicio del derecho que le asiste a la entidad contratante de solicita aclaraciones necesarias, con el objeto de garantizar la selección objetiva y cumplir con el fin de contratación.

RESUELVE

Primero.- Aplazar la adjudicación de los Contratos de Concesión de que trata la Licitación No. 01 de 2002 hasta el día 12 de Julio [sic] de 2002, en ejercicio de la autorización de que trata el numeral 9 del Artículo [sic] 30 de la Ley 80 de 1993.

Segundo.- Durante el lapso comprendido entre la fecha de expedición de esta Resolución y la fecha señalada para la adjudicación de las concesiones, el comité de evaluación de las propuestas y/o esta gerencia solicitarán a los oferentes las aclaraciones de sus ofertas, en aquellos puntos que fueron objeto de observaciones por cada uno de los proponentes.

Tercero.- Los oferentes a quienes se les curse solicitud de aclaración de sus propuestas dispondrán de un término de dos (2) días para responder y/o presentar sus aclaraciones y estas no podrán contener cambios, modificaciones o mejoras de sus propuestas.

Cuarto.- Sobre las observaciones formuladas a la calificación de las diferentes propuestas y de las aclaraciones presentadas, se decidirá en el acto de adjudicación de la licitación.

Quinto.- De las decisiones adoptadas en la presente Resolución infórmese a los distintos oferentes mediante la entrega y/o remisión del texto del presente acto" [fls.91 y 92 c1].

6.2.8 Comunicación del apoderado de Enilse del Rosario López Romero [fls.93 a 96 c1], por medio de la cual presentó las "observaciones del proceso calificadorio de la propuesta efectuada por INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA" en la siguiente forma:

"[...] a.- Considero que el comité debió rechazar la propuesta efectuada por INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA por no contener esta un elemento esencial del proceso licitatorio, en el sentido de no haber sido claras y precisas respecto al número de empleados directos, agencias o sucursales, número [sic] de colocadores o vendedores independientes y porcentaje de escrutinio sistematizado a ofrecer [...]

[...]

Conceptúo que EDELGUA fundó [sic] su calificación de la capacidad financiera (10 puntos) respecto al patrimonio según declaración de renta del año gravable 2001, y la del índice de liquidez (5 puntos) respecto al Balance General en documentos tributarios y contables que carecen de validez jurídica al no cumplir requisitos esenciales dispuestos por normas tributarias, comerciales y contables.

Si observamos sin mayores detenimientos el Art. 580 del Estatuto Tributario encontramos que no se cumplió con el deber de presentar la declaración tributaria cuando no se presente firmada por quien debe cumplir el deber de declarar o cuando se omite la firma del Contador Público [sic] o Revisor Fiscal existiendo la obligación Legal [sic]

[...]

Es inaceptable, y por mas [sic] inexplicable, que luego de tres días de haber remitido EDELGUA copia del "cuaderno de oferta" de INVERAPUESTAS [sic] DE LA GUAJIRA LTDA., remita mediante oficio calendarado [sic] del 27 de 2002 entre otros documentos el anexo No. 2 correspondiente a los folios 25 y 26 del Pliego de Condiciones en donde aparece consignado un manuscrito con una oferta económica, un número [sic] de agencias ofrecidas, un número [sic] de colocadores independientes ofrecido, un porcentaje de escrutinio sistematizado ofrecido [...]" [fls.93 a 95 c1]

6.2.9 Comunicación del apoderado de Enilse del Rosario López Romero, de 6 de julio de 2002, dirigida al Gerente de EDELGUA, en la que manifestó que el reproche realizado por Inverapuestas de la Guajira Lt

la propuesta presentada por López Romero carecía de importancia [fls.97 a 101 c1].

6.2.10 Sentencia de 3 de julio de 2002 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha [fls.102 a c1], con la que se decidió la acción de tutela presentada por Enilse del Rosario López Romero.

6.2.10 Demanda en ejercicio de la acción de tutela presentada por el apoderado de Enilse del Rosario López Romero contra EDELGUA por violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso [fls.109 a 119 en la que se pidió (1) modificar el numeral 1.13.2 EXPERIENCIA del pliego de condiciones de la licitación pública número 01 de 2002; (2) la suspensión del mencionado numeral y; (3) la reparación del daño causado, con base en los siguientes argumentos:

"[...] Como se puede observar se está [sic] dando un trato discriminatorio a las personas que no tienen nexos comerciales en la Guajira, ya que los oriundos o establecidos en la Guajira se les da un puntaje máximo de 25 puntos, mientras que a los foráneos con el mismo tiempo de experiencia solo [sic] se les concede un máximo de 10 puntos.

La diferencia del puntaje está [sic] soportada en la premisa que las personas que ejercen su actividad en el Dpto. [sic] de la Guajira conocen el mercado [...]

[...]

SEXTO.- La Tutelante [sic] a través de su apoderado especial solicitó [sic] mediante memorial presentado ante la Gerencia de EDELGUA, la modificación de dicho ítem [sic]., pero los argumentos esgrimidos no tuvieron eco en la Administración quien a través de un lacónico oficio se abstuvo de acceder a la modificación impetrada, argumentando que el factor de experiencia no era el único determinante para la evaluación final de las propuestas, y si bien había una diferencia en las puntuaciones, para suplir eventual deficiencia o desventaja la tutelante bien habría podido asociarse con una persona oriunda de la región, circunstancia que eliminaría la exclusión o violación del derecho fundamental de la igualdad [...]

Además argumenta el gerente de EDELGUA, que muy a pesar de los argumentos esgrimidos, el Pliego de Condiciones solo podría modificarse como consecuencia de la "audiencia" ordenada por el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 la cual se celebra dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del pliego para la presentación de las propuestas. Pues es otra muestra del proceder ilegal de la Administración que la misma norma en su tercer inciso señala: "Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales, que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita...", lo cual nos lleva a concluir que la petición de modificación del pliego como consecuencia de la aclaración de los términos de referencia, es viable durante el plazo de la licitación, y no solo se circunscribe a lo debatido en la precitada audiencia. Estos hechos son otra manifestación de la violación a la igualdad y al debido proceso" [fls.110 y 118 c1].

6.2.11 Comunicación del apoderado especial de Demetrio Abuchaibe Pizano, representante legal de Inverapuestas de la Guajira Ltda [fls.120 a 123 c1], con la que aclaraba "puntualmente las OBSERVACIONES presentadas por la proponente ENILSE DEL ROSARIO LÓPEZ ROMERO", anexando copia del acta de la asamblea extraordinaria número 15 de 5 de marzo de 2002, de la mencionada sociedad [fls.124 y 125 c1] y copia de la aceptación del nombramiento como revisor fiscal [fl.126 c1].

6.2.12 Comunicación del apoderado especial de Demetrio Abuchaibe Pizano, representante legal de Inverapuestas de la Guajira Ltda [fls.127 y sin número c1], con la que objetó la puntuación "evaluación de la propuesta de la Señora [sic] ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO".

6.2.13 Oficio JSCDEC-0561, de 25 de junio de 2002, del Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha [fl.129 c1], con la que se comunicó a la empresa EDELGUA que mediante auto de la misma fecha dentro de la acción de tutela ejercida por Enilse del Rosario López Romero "se ordenó la suspensión de la aplicación del acto o ítem [sic] 1.13.2 referido a la experiencia" [fl.129 c1].

6.3 Oficio, de 5 de marzo de 2003, del Gerente de EDELGUA, mediante el que se informó que el apoderado

de la demandante "recibió el oficio ENV.2002.53 la fecha, julio 15 de 2002 a las 2:38 de tarde" [fl.133 c

3.3 Pruebas allegadas con la contestación de la demanda

7. Pliego de condiciones de la licitación pública número 01 de 2002, "CONCESION DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES "CHANCE" [fls.152 a 179 c1], que contiene:

7.1 Resolución número 03 de 21 de mayo de 2002 expedida por el Gerente de EDELGUA [fls.155 y 156 por medio de la cual se ordenó abrir la licitación pública número 01 de 2002 con el objeto de adjudicar concesiones del juego de apuestas permanentes "Chance" en el departamento de la Guajira.

7.2 Pliego de condiciones [fls.157 a 179 c1], según el cual:

"[...] I.1.- OBJETO: LA EMPRESA DEPARTAMENTAL DE LOTERÍAS, JUEGOS DE SUERTE Y AZAR DE GUAJIRA, "EDELGUA" [...] solicita propuestas para adjudicar, previo procedimiento de licitación pública concesiones del JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES, por el periodo comprendido entre el 03 de Febrero [sic] hasta el 02 de Febrero [sic] de 2008, es decir un periodo de cinco (5) años, en las tres Zonas en se ha dividido el territorio del Departamento de La [sic] Guajira.

[...]

I.3.- CONTRATO A CELEBRAR

Los contratos a celebrar serán de Concesión, los cuales se rigen por la Ley 80 de 1993, los decretos que reglamentan, las normas del juego de apuestas permanentes en especial la Ley 643 de 2001, condiciones estipuladas en este pliego, sus addendas [sic] si las hubiere, y por las cláusulas contenidas en el Contrato [...]

I.5- FECHAS DE APERTURA Y CIERRE

La fecha de Apertura [sic] es el día siete (07) de junio de 2002 a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) y el Cierre [sic] el día diecinueve (19) de junio del año 2002 a las tres y treinta de la tarde (3:30 p.m.).

[...]

I.9.- AUDIENCIA DE ACLARACIÓN DE LOS PLIEGOS

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuesta de acuerdo con el cronograma adjunto al presente Pliego y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliego de condiciones, se celebrará una AUDIENCIA con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta que suscriban quienes en ella intervengan. Dicha audiencia se realizará, en caso de ser solicitada, el día TRECE (13) de Junio [sic] de 2002 a las DOS Y TREINTA de la tarde (2:30 p.m.) en la Gerencia de EDELGUA ubicada en el Tercer Piso [sic] del edificio Lotería de la [sic] Guajira [...]

Mediante addendas [sic], EDELGUA podrá hacer modificaciones que considere convenientes al pliego de condiciones. Las addendas [sic] formarán parte de este pliego y serán remitidas a todas las personas que hayan adquirido.

El envío de addendas [sic] al representante autorizado por el PROPONENTE debe considerarse como hecho al propio PROPONENTE.

Las addendas [sic], además, serán publicadas en un diario de circulación nacional.

[...]

I.12. ORDEN DE ELEGIBILIDAD. REGLA DE SELECCIÓN OBJETIVA

El orden de elegibilidad entre los proponentes que cumplan los requisitos se determinara según puntuación obtenida en la evaluación, en orden descendente, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- a. Oferta económica
- b. Experiencia
- c. Cumplimiento
- d. Organización y canales de distribución
- e. Capacidad tecnológica instalada en sistemas
- f. Capacidad financiera

I.13. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

EDELGUA cuenta con una Investigación [sic] de Mercado [sic] que le permite estimar el tamaño total del mercado de las Apuestas Permanentes en todo el territorio del Departamento de La [sic] Guajira [...]

[...]

EVALUACION Y PUNTAJE DE LAS PROPUESTAS

La evaluación se hará a través del análisis y calificación de cada uno de los siguientes parámetros:

13.1 Oferta económica 25 puntos

13.2 Cumplimiento 10 puntos

13.3 Experiencia 25 puntos

13.4 Organización y canales de distribución 15 puntos

13.5 Capacidad tecnológica instalada en sistemas 10 puntos

13.6 Capacidad financiera 15 puntos

Total 100 puntos

[...]

I.13.2 EXPERIENCIA (25 Puntos) La experiencia comercial en el Departamento de La [sic] Guajira tiene mayor puntaje, en base del conocimiento del mercado. El puntaje es el mismo para cada una de las tres zonas y se comprobará mediante certificación de la entidad concedente.

Si el proponente es consorcio o unión temporal, la experiencia de que trata este punto será el promedio ponderado de la experiencia de sus integrantes en proporción a su participación en el consorcio o unión temporal.

EXPERIENCIA FUERA DEL DENTRO DEL

DEPARTAMENTO DE DEPARTAMENTO DE LA

LA GUAJIRA GUAJIRA

Más de 8 años 10 25

Más de 6 hasta 8 años 8 20

Más de 4 hasta 6 años 6 15

Más de 1 hasta 4 años 4 10

[...]

I.16. DOCUMENTOS QUE DEBE PRESENTAR EL PROPONENTE

Deberá presentarse toda la información y acompañarse de todos los documentos solicitados en este p en el orden secuencial aquí establecido:

[...]

I.16.8 Certificación (es) de la (s) entidad concedente (s) sobre la experiencia del proponente en la ejecu de contratos similares si las tuviere.

[...]

I.17. SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE PROPUESTAS:

A fin de facilitar el examen, evaluación y comparación, EDELGUA podrá a su discreción, solicitar a u varios Proponentes documentos complementarios.

[...]

I.20 INFORME DE EVALUACION DE PROPUESTAS

El Gerente de EDELGUA junto con dos miembros de la Junta Directiva o sus delegados, integrarán el Co de Evaluación de las Propuestas, quienes rendirán el informe de evaluación dentro de los cinco (5) calendario siguientes a la fecha de Cierre [sic] de la Licitación [sic].

Dicho informe se pondrá a disposición en la Gerencia de EDELGUA, por el termino [sic] de cinco (5) hábiles, a partir del día hábil siguiente al vencimiento del plazo para la calificación o de aquel en qu comunique la evaluación a los oferentes si fuere anterior al plazo asignado para la calificación.

Dentro de dicho término, los oferentes podrán presentar por escrito las observaciones que esti pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar la información suministrada.

No habrá nuevo traslado de evaluación, sino que el pronunciamiento sobre las observaciones se hará c acto de adjudicación.

I.21. ADJUDICACION

Si se solicita por quienes autoriza la Constitución Política en su Artículo [sic] 273, EDELGUA efectuar adjudicación en audiencia pública [...]” [fls.157, 158, 159, 161, 163, 164, 167, 168 y 170 c1].

7.3 Decreto número 218, de 21 de septiembre de 2001, “Por medio del cual se crea una EMPF INDUSTRIAL Y comercial DEL ESTADO, DEL ORDEN DEPARTAMENTAL [fls.182 a 197 c1], según el cual:

“[...] ARTÍCULO PRIMERO: De la Creación. Crease [sic] la Empresa Industrial y Comercial del Estado orden Departamental denominada “Empresa Departamental de Loterías, Juegos de Suerte y Azar de La Guajira”, personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, vinculada a la Gobernación Departamento y la Secretaría de Salud Departamental ejercerá la tutela gubernamental, a la que p designársele únicamente con la sigla: “EDELGUA”.

[...]

ARTÍCULO DECIMONOVENO: De los Actos Jurídicos. Los actos que expida la Empresa Departamente Loterías de Suerte y Azar de La [sic] Guajira en desarrollo de sus actividades industriales y comerci estarán sujetos a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las norma competencia sobre la materia. No obstante, los que realice para el cumplimiento de funciones, conferida el presente Decreto Ordenanzal o en los reglamentos de la Entidad [sic], son actos administrativos” [fls y 194 c1].

7.4 Oficio, de 28 de mayo de 2002, en la que se dio cuenta que los días 24 y 27 de mayo de 2002 publicó en el HERALDO la LICITACION PUBLICA No. 01 DE [sic] 2002 en nuestras páginas con circulación nacional e internacional" [fls.198 y 199 c1].

7.5 Acta de apertura de la licitación número 01 de 2002, de 7 de junio [fl.200 c1].

7.6 Acta número 002, de 9 de mayo de 2002, de la Junta Directiva de la Empresa Departamental Loterías, Juegos de Suerte y Azar de la Guajira –EDELGUA- [fls.201 a 204 c1], en cuyo numeral 5 se solicita la "autorización para iniciar proceso de licitación y suscripción del contrato de operación y manejo de Apuestas Permanentes del Departamento de La [sic] Guajira y aprobación de la misma" [fl.203 c1].

7.7 Acta del cierre de la licitación número 01 de 2002, de 19 de junio de 2002 [fls.205 a 207 c1].

7.8 Comunicación número ENV.2002-36, de 18 de junio de 2002, con la que la gerencia de EDELGUA [fls. a 90 c1], con la que se respondió al apoderado de Enilse López Romero la "solicitud de modificación y aclaración al Pliego de Condiciones" [fls.208 a 212 c1].

7.9 Acta número 01, de 24 de junio de 2002 que contenía el "RESULTADO DE LA EVALUACIÓN DE PROPUESTAS PARA LA LICITACIÓN PUBLICA NO. 01 DE 2.002 CONCESIÓN DE JUEGOS DE APUESTAS PERMANENTES "CHANCE" [fls.213 a 216 c1], así como sus respectivas tablas de evaluación [fls.217 y 218 c1],

7.10 Oficio, de 27 de junio de 2002, del Gerente de EDELGUA [fl.219 c1], con el que se entregó al representante de Enilse López Romero las copias "del Acta de cierre de la Licitación [sic] 001, Acta No. 01 Resultado de Evaluación de las propuestas y Anexo No. 2 oferta Económica [sic]" [fl.219 c1].

7.11 Comunicación del apoderado especial de Demetrio Abuchaibe Pizano, representante legal de Inverapuestas de la Guajira Ltda [fls.220 y 221 c1], con la que objetó la puntuación "en la evaluación de la propuesta de la Señora [sic] ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO"

7.12 Comunicación del apoderado de Enilse del Rosario López Romero [fls.223 a 226 c1], por medio de la cual que presentó las "observaciones del proceso calificadorio de la propuesta efectuada por INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA"

7.13 Comunicación, de 3 de julio de 2002, del apoderado de Enilse López Romero [fl.227 c1] con la que solicitó efectuar la adjudicación de la licitación número 001 de 2002 por audiencia pública "con la participación de la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y de las Veedurías Ciudadanas, a fin de que se garantice el cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública" [fl.227 c1].

7.14 Resolución número 05, de 4 de julio de 2002, "POR LA CUAL SE PRORROGA EL PLAZO Y SE SEÑALA UNA NUEVA FECHA PARA LA ADJUDICACION DE LA LICITACION PUBLICA No. 001 DE 2.002 Y SE ADOPTAN OTRAS DECISIONES" expedida por el Gerente de EDELGUA [fls.228 y 229 c1].

7.15 Oficio número ENV.2002-47, de 5 de julio de 2002, dirigido a Enilse del Rosario López Romero [fl.230 c1] con el que se remitió "copia de la comunicación recibida del oferente INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA en la cual formula algunas observaciones a la calificación de la propuesta formulada por ustedes. Le solicito en el término del que trata el Numeral [sic] 3 de la citada Resolución, se sirva presentar a esta Gerencia las aclaraciones que estime pertinentes" [fl.230 c1].

7.16 Comunicación del apoderado de Enilse del Rosario López Romero, de 6 de julio de 2002, dirigida al Gerente de EDELGUA, en la que manifestó que el reproche realizado por Inverapuestas de la Guajira Ltda a la propuesta presentada por López Romero carecía de importancia [fls.231 a 235 c1].

7.17 Comunicación del apoderado especial de Demetrio Abuchaibe Pizano, representante legal de Inverapuestas de la Guajira Ltda [fls.236 a 239 c1], con la que aclaraba "puntualmente las OBSERVACIONES"

presentadas por la proponente ENILSE DEL ROSARIO LÓPEZ ROMERO”.

7.18 Comunicación, de 9 de julio de 2002, del apoderado de Inverapuestas de la Guajira Ltda dirigido Gerente de EDELGUA [fl.240 c1], mediante la que se solicitó la expedición de copias de las observaciones presentadas por la proponente Enilse del Rosario López Romero, relacionadas con la Resolución 001/2002 [fl.240 c1].

7.19 Oficio número ENV.2002-48, de 10 de julio de 2002, del Gerente de EDELGUA [fl.241 c1], dirigido al apoderado de Enilse López Romero con el que se entregó copia de la respuesta a las observaciones realizadas por la empresa Inverapuestas de la Guajira Ltda [fl.241 c1].

7.20 Resolución No.06, de 12 de julio de 2002, por la que el Gerente de EDELGUA en uso de las facultades conferidas por la Junta Directiva se hicieron las adjudicaciones de la licitación pública No. 01 de 2002 [fls.242 a 245 c1].

7.21 Oficio número ENV.2002-53, de 12 de julio de 2002, del Gerente de EDELGUA [fl.246 c1], con el que se informó y se dio a conocer al apoderado de Enilse López Romero la copia de la Resolución número 001/2002 [fl.246 c1].

7.22 Contrato de concesión del juego de apuestas permanentes –Chance-, número 5, celebrado y suscrita entre la Empresa Departamental de Loterías, Juegos de Suerte y Azar de la Guajira –EDELGUA/ Inverapuestas de la Guajira Limitada el 13 de julio de 2002 [fls.247 a 255 c1].

7.23 Contestación, presentada por el representante legal de EDELGUA y radicada el 27 de junio de 2002 dentro del proceso adelantado por la acción de tutela impetrada por Enilse López Romero ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha [fls.256 a 262 c1], según la cual:

“[...] La acción de tutela por la señora LOPEZ ROMERO, de conformidad con los hechos relatados en el escrito de formulación, es improcedente, por que [sic] la accionante, no solo dispuso de oportunidad de solicitar las modificaciones al pliego de condiciones de la de la [sic] licitación para obtener las modificaciones al pliego de condiciones considerara violatoria a las normas de contratación, si no, además, el Estatuto Contractual de la Administración Pública, contempla los mecanismos y las acciones contenciosas para la impugnación de los actos que los interesados consideren como irregulares y/o violatorios de los principios y las normas de contratación.

En efecto, de conformidad con el numeral 1.9.- denominado AUDIENCIA DE ACLARACION DE LOS PLIEGOS de las condiciones y/o términos de referencia de la licitación, los adquirentes de los pliegos dispusieron de oportunidad para solicitar las modificaciones que consideraran pertinentes, para lo cual debían solicitar la celebración de la audiencia prevista en este numeral de los pliegos para el día 13 de Junio [sic] del presente año.

Transcurrido este término la aquí accionante no solicitó la celebración de dicha audiencia dentro de los días hábiles contados a partir de la iniciación del plazo para la presentación de las propuestas, esto es, hasta el 13 de Junio [sic] del presente año. Si no hizo la [sic] accionante uso de este derecho, la única deducción de esta conducta, es la de su completa conformidad con las condiciones de los pliegos.

Ahora, si bien, en escrito que “EDELGUA” recibió el 17 de Junio [sic], también del presente año el apoderado de la señora LOPEZ ROMERO, solicitó, además de la “aclaración” de algunos puntos del pliego de “modificación” de [sic] del numeral 1.13.2 EXPERIENCIA de los mismos pliegos, esta solicitud de modificación era improcedente, por lo extemporánea y, por que [sic] el pliego de condiciones de la licitación es por principio inmodificable en oportunidades distintas a las contempladas en el mismo pliego por mecanismos diferentes a los allí se contemplan. Acceder a la modificación de las condiciones del pliego por mecanismos, procedimientos y términos en el [sic] contemplados implica, desde luego, violación de los derechos de los demás interesados y/o partícipes en la licitación.

Si bien el numeral 4.- del artículo 30 de la Ley 80 de 1.993, contempla hasta el último día del término

presentación de las propuestas como plazo para que los interesados puedan pedir aclaraciones, este es solamente y solo [sic] para pedir aclaraciones y, no, para solicitar modificaciones al pliego y, por razón el suscrito Gerente de "EDELGUA" en la comunicación que con fecha del 18 de Junio [sic] dirigido al apoderado de la interesada, accedió a la petición de aclaración que había solicitado.

Entonces, si de conformidad con lo expuesto, la interesada no utilizó en las oportunidades previstas en los términos de referencia de la licitación la opción de solicitar la modificación de las condiciones, simplemente significa o, bien, su conformidad con las condiciones de la licitación, o bien, que voluntariamente precluyó la oportunidad y se abstuvo de utilizar el mecanismo idóneo y apropiado para hacer valer el derecho que ahora considera conculcado, renunciando de esta manera al derecho que le asistía.

[...] de haber tenido la accionante oportunidad y haber dispuesto del mecanismo idóneo para hacer valer sus derechos, dentro del mismo trámite de la [sic] licitación, la tutela es igualmente improcedente, por que tanto el Estatuto de la Contratación Administrativa en sus [sic] Capítulos IV.- como el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, contemplan las acciones, mecanismos, procedimientos y medios de defensa que disponen los interesados para hacer valer los que eventualmente resulten conculcados, con ocasión de los actos propios de la contratación de la Administración Pública.

Finalmente, esta tutela, es igualmente improcedente, por que [sic] la accionante, que es oferente y proponente en la Licitación Pública N° 001 de 2002, abierta por "EDELGUA", manifestó al formular su oferta y manifestó [sic] en la carta de presentación de la propuesta a ella acompañada, que renunciaba "a cualquier reclamación por ignorancia o errónea interpretación" de los pliegos.

[...]

La EXPERIENCIA [sic] exigida en el numeral experiencia [sic] 1.13.2, no tiene finalidad diferente a la de establecer, como criterio de evaluación, la necesidad de que "EDELGUA" cuente entre sus concesionarios personas y/o entidades que de alguna manera tengan la posibilidad de demostrar que con anterioridad han manejado los recursos que se les ha confiado con probidad y eficiencia, circunstancia esta que para "EDELGUA" la única manera de establecerlo, es, precisamente, que de los diferentes concesionarios, han demostrado tal eficiencia y probidad, por que [sic] han tenido experiencia en el manejo de tales recursos en el departamento. Esta exigencia, no es utilizada únicamente para las concesiones del Juego [sic] en el territorio del departamento de la Guajira. Pues, es tal la importancia que presenta este ítem de evaluación, que todos los demás departamentos del país lo han adoptado como criterio de evaluación de las propuestas de esta clase.

[...]

8. Entonces, si un oferente no tiene experiencia en el territorio del departamento significa que no cuenta con las instalaciones y la infraestructura necesaria para la operación del juego y si no cuenta con estas instalaciones e infraestructura, me pregunto, de que [sic] manera puede garantizar: 1.- El éxito en la explotación del juego y, consecuentemente el éxito en la generación de los recursos que tanto necesita el departamento; 2.- El número de Agencias [sic] o establecimientos que debe abrir para la explotación del juego [sic]; 3.- El número de personas que emplea para explotar el juego con rentabilidad y eficiencia.

9. Pero, además, que [sic] garantía puede ofrecer en la explotación del juego frente a otras empresas y entidades que ya cuentan con la infraestructura física, y administrativa necesaria para garantizar en el departamento de La [sic] Guajira la generación de los recursos que se propone recaudar" [fls.257, 258, y 261 c1].

7.24 Demanda en ejercicio de la acción de tutela presentada por el apoderado de Enilse del Rosario López Romero contra EDELGUA por violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso [fls.263 a 273 c1].

7.25 Oficio número JSCDC.0601, de 3 de julio de 2002, del Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha [fl.274 c1], con el que se notificó el fallo de tutela al representante de EDELGUA.

7.26 Sentencia de 3 de julio de 2002 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha [fls.275 a 281 c]

3.4 Pruebas allegadas antes del auto que decretó pruebas

8. Certificación, de 3 de junio de 2003, del Gerente de EDELGUA [fl.300 c1], según la cual el “Contrato 5 de Concesión del juego de Apuestas Permanentes – Chance para la Zona Norte del territorio Departamento de la Guajira – Municipios de Maicao, Uribia y Albania, se encuentra en plena ejecución por el concesionario – Inverapuestas de la Guajira Ltda.- por un término [sic] de cinco (5) años contados desde su ejecución en Febrero [sic] 03 de 2003” [fl.300 c1].

9. Constancia de 4 de junio de 2003 expedida por el Gerente de Inverapuestas de la Guajira Ltda [fl.300 c1].

3.5 Pruebas allegadas después de decretadas las pruebas

10. Oficio número 8025001-00105, de 28 de agosto de 2002, de la Administradora DIAN Local Riohacha [fl.316c1], con la que se remitió el concepto número 27112 de 7 de mayo de 2002 [fls.317 y 318 c1].

11. Dictamen pericial rendido [fls.327 a 331 c1] que arrojó como utilidad neta anual esperada la suma de SETECIENTOS TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO FLORES [COP] [\$713.861.268.00].

12. Oficio 2111, de 14 de noviembre de 2003, del Liquidador de la Beneficencia de la Guajira [fl.340 c1] con el que se remitieron los siguientes documentos: (1) contrato de concesión de Inverapuestas de la Guajira Ltda [fls.341 a 349 c1]; (2) pliego de condiciones en el que se sustentó la licitación pública número 001 de 2002 [fls.350 a 385 c1]; (3) Resolución número 06 de 12 de julio de 2002 [fls.386 a 389 c1]; y Resolución número 05 de 4 de julio de 2002 [fls.390 y 391 c1].

13. Acta de apertura de la licitación número 01 de 2002, de 7 de junio [fls.392 y 393 c1].

14. Acta de cierre de licitación número 01 de 19 de junio de 2002 [fl.394 c1].

15. Acta número 01, de 24 de junio de 2002 que contenía el “RESULTADO DE LA EVALUACIÓN DE PROPUESTAS PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. 01 DE 2.002 CONCESIÓN DE JUEGOS DE APUESTAS PERMANENTES “CHANCE” [fls.395 a 398 c1], así como sus respectivas tablas de evaluación [fls.399 y 400 c1].

16. Aclaración al dictamen pericial presentado el 19 de noviembre de 2002 [fls.402 a 404 c1].

4. Análisis del caso en concreto.

4.1. Los anteriores argumentos son útiles y permiten sustentar el análisis al que será sometida la cláusula del numeral 1.13.2 del pliego de condiciones de la licitación pública número 01 de 2002 que tenía como objeto la adjudicación de las concesiones del juego de apuestas permanentes “Chance” en el departamento de la Guajira, según el cual la “experiencia en el Departamento de La [sic] Guajira tiene un mayor puntaje en base [sic] del conocimiento del mercado”, determinando una calificación menor y diferenciada a aquellos oferentes que acreditaran experiencia fuera del departamento de la Guajira, con relación a los que hicieran al interior del mismo Departamento.

4.2. Analizada dicha cláusula del pliego a la luz de las normas que gobernaban el proceso licitatorio, esta Ley 80 de 1993, se encuentra que es contraria a: (1) lo establecido en los artículos 1, 13 y 209 de la Carta Política; al (2) artículo 3, según el cual al celebrar los contratos las entidades públicas además de buscar cumplir con los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, también están llamadas a garantizar “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”; (3) al artículo 24, numeral 5º, literal b, según el cual en los pliegos de condiciones se deben definir “reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaraciones

de desierta de la licitación”, así como el numeral d) del mismo numeral y artículo según el cual no puede incluirse “condiciones y exigencias de imposible cumplimiento”. El mismo numeral 5 en su inciso 1 artículo 24 de la Ley 80 de 1993, establece que las estipulaciones de los pliegos que “contravengan lo dispuesto en este numeral” son “ineficaces de pleno derecho”; y, (4) finalmente, al artículo 30 numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

4.3. Con base en los anteriores argumentos, y valorada contrastada y armónicamente la prueba reunida dentro del proceso, la Sala considera que la estipulación o cláusula del numeral I.13.2 del pliego de condiciones de la licitación pública número 01 de 2002 que tenía como objeto la adjudicación de concesiones del juego de apuestas permanentes “Chance” en el departamento de la Guajira es ineficaz de pleno derecho, ya que la realización de dicho acto dispositivo transgrede las descripciones normativas señaladas tanto constitucionales, como legales, lo que puede hacer el juez contencioso administrativo oficio porque con dicha decisión se reconoce una situación jurídica que es el resultado de la protección del interés público.

4.4. Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y declarará la ineficacia de pleno derecho del numeral I.13.2 del pliego de condiciones de la licitación pública número 01 de 2002 que tenía como objeto la adjudicación de las concesiones del juego de apuestas permanentes “Chance” en el departamento de la Guajira.

5. Sobre la pretensión relativa a la nulidad del acto de adjudicación y del contrato.

Ahora debe analizar la Sala si declarada la ineficacia de pleno derecho de la cláusula I.13.2 del pliego de condiciones, y con la valoración contrastada, armónica y conjunta de la prueba puede establecerse si cabe lugar a la nulidad del acto de adjudicación demandado y del contrato suscrito.

5.1. En el presente asunto, el pliego de condiciones [fls.157 a 179 c1] señala varias reglas obligatorias para que todos los participantes como oferentes o proponentes en el proceso de licitación [en los términos de los artículos 24.2, 24.5 y 29 de la Ley 80 de 1993, norma aplicable al caso en concreto]: (1) quienes hubieran retirado el pliego de condiciones tenían la posibilidad de solicitar la audiencia de aclaración de pliego [numeral I.9] con el objeto de precisar su contenido y alcance, como a oír a los interesados, de lo que se levantase la correspondiente acta. De dicha audiencia se tiene constancia de su celebración y de la participación de la demandante a la que fueron absueltas las dudas, inquietudes y cuestionamientos presentados; (2) según el numeral I.12 el orden de elegibilidad y las reglas de selección objetiva no se concentraban en un criterio, sino que comprendía oferta económica, experiencia, cumplimiento de requisitos de organización y canales de distribución, capacidad tecnológica instalada en sistemas y capacidad financiera. Sin embargo, la Sala no encuentra que obre en el expediente la propuesta de la demandante con el objeto de examinar estos criterios a la luz de su reclamo, y de la consideración de favorabilidad que afirmó haber dado al adjudicatario Inverapuestas de la Guajira Ltda; (3) en el numeral I.13 se estipuló los criterios de evaluación de las propuestas, de manera que la oferta económica se le asignó 25 puntos, al cumplimiento de requisitos 10 puntos, a la experiencia 25 puntos, a la organización y canales de distribución 15 puntos, a la capacidad tecnológica instalada en sistemas 10 puntos y, a la capacidad financiera 15 puntos. De acuerdo con el método de evaluación la propuesta de la demandante recibió ochenta y un [81] puntos, en tanto que al adjudicatario Inverapuestas de la Guajira Ltda se calificó con cien [100] puntos, haciéndose radicar la diferencia en la experiencia, que según el numeral I.13.2 del pliego de condiciones se operaba una regla de distinción entre aquellos que conocieran el mercado dentro y fuera del departamento de la Guajira, lo que fue cuestionado por la demandante, lo que la llevó a presentar una demanda en ejercicio de la acción de tutela, la que en primera instancia suspendió dicho numeral, para luego al resolver el fondo el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha la declara improcedente; (4) dentro del proceso se produjo el informe o acta de evaluación de las propuestas, a tenor de lo estipulado del numeral I.20 del pliego, respecto del cual la demandante presentó las observaciones que hizo centrar en dos cuestiones: incumplimiento de requisitos tributarios, contables y financieros por parte de Inverapuestas de la Guajira Ltda, y en la calificación de la oferta basada en la experiencia al interior del departamento de la Guajira. Contra la propuesta de la demandante también presentó observaciones la mencionada sociedad por no cumplir requisitos en los documentos financieros y contables.

5.2. En contra del pliego de condiciones la demandante presentó acción de tutela solicitando la susper del numeral I.13.2 del mismo por violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso [fls.109 a y 263 a 273 c1]. En el curso del proceso de tutela el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rioh. suspendió el mencionado numeral, para luego decidir por sentencia de 3 de julio de 2002 dec improcedente la tutela impetrada con base en los siguientes argumentos:

"[...] El despacho al analizar el acervo probatorio que reposa en el informativo, considera que la pres Acción de Tutela es improcedente, porque no se han vulnerado los Derechos Fundamentales a la Iguald al Debido Proceso, ya que existe otro medio de defensa judicial para solicitar la nulidad de la Licitación [[...]

Es preciso aclarar que dentro de la oportunidad establecida en el Inciso [sic] 3°. Del [sic] numeral 4°. [sic] Art. 30 de la Ley 80 de 1993, la señora ENILSE DEL ROSARIO LOPEZ ROMERO, mediante apode presentó un memorial petitorio, donde solicitaba la modificación del Item [sic] Número [sic] 1. Experiencia, por posibles tratos discriminatorios para las personas naturales que no realizan su activ comercial en el Dpto [sic] de la Guajira.

La empresa Departamental de Loterías, Juegos de Suerte y Azar de la Guajira, "EDELGUA", respond petición de modificación, entonces no se puede hablar de violación al Debido Proceso [sic]; además apa el Acta No. 01 del resultado de la evaluación de las propuestas para la Licitación Pública No. 01 de 2 Concesión de Juegos de Apuestas Permanentes "Chance", lo anterior quiere decir que la accionante oportunidad del [sic] dentro del trámite de la licitación de la cual hizo uso, contrario censum [sic] el esta contractual contempla los mecanismos y acciones que se puedan ejercer, cuando los interesados consid violatorios a las normas de contratación" [fls.105 y 107 c1].

5.3. La Sala deja constancia que dentro del proceso de licitación sólo obra el Acta número 01, de 24 de j de 2002 que contenía el "RESULTADO DE LA EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS PARA LA LICITAC PUBLICA NO. 01 DE 2.002 CONCESIÓN DE JUEGOS DE APUESTA PERMANENTES "CHANCE" [fls.8 a 11 así como sus respectivas tablas de evaluación [fls.12 y 13 c1], a quien se calificó de la siguiente mar "Evaluación de la Propuesta de la señora ENILCE LOPEZ ROMERO: En lo que respecta al Numeral [sic] CRITERIOS DE EVALUACIÓN, cumple con los requerimientos de Ventas Mínimas y Máximas y Derecho Explotación, haciéndose la observación que están por encima del máximo requerido para la Zona OFERTA ECONÓMICA obtiene un puntaje de VEINTICINCO (25) PUNTOS; la EXPERIENCIA, la proponent tiene Experiencia [sic] dentro del territorio del departamento de La Guajira, su Experiencia [sic] certificada por las loterías de Atlántico y Bolívar, _demostrando más de ocho años de experiencia, lo otorga DIEZ (10) puntos; frente al CUMPLIMIENTO, y acuerde [sic] a lo señalado en el criterio Experie [sic], se otorga un puntaje de DIEZ (10) PUNTOS; en lo que tiene que ver con ORGANIZACIÓN Y CAN/ DE DISTRIBUCIÓN, se le otorgan QUINCE (15) puntos, ya que ofrece valores superiores a los máx exigidos por el Pliego; la CAPACIDAD TECNOLÓGICA EN SISTEMAS INSTALADA, se califica con DIEZ PUNTOS, no indica la Propuesta [sic], que [sic] porcentaje tiene instalado; la CAPACIDAD FINANCIER/ calificada con DIEZ (10) puntos y el INDICE DE LIQUIDEZ, con UN (1) PUNTO, ya que presenta una liqu inferior a tres (3) puntos. Finalmente, el Oferente, presenta todos los documentos exigidos en el Nun [sic] I.16 DOCUMENTOS QUE DEBE PRESENTAR EL PROPONENTE, de ahí que la puntuación total c Propuesta [sic] sea de OCHENTA Y UN (81) PUNTOS" [fls.8, 9 y 10 c1].

5.4. En tanto que a Inverapuestas de la Guajira Ltda se calificó de la siguiente manera: "Finalment evaluación de la Propuesta [sic] de la Empresa INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA, LTDA.: En lo que resp al Numeral I.13 CRITERIOS DE EVALUACION, cumple con los requerimientos de Ventas Mínimas y Máx y Derechos de Explotación, haciéndose la observación que están por encima del máximo requerido pa Zona, su OFERTA ECONÓMICA obtiene un puntaje VEINTICINCO (25) PUNTOS, es de anotarse que Oferta Económica no está incluida en el cuerpo de la Propuesta [sic] como tal, sino que aparece desarro en el Pliego de Condiciones, Anexo No.2; la EXPERIENCIA, el proponente tiene Experiencia [sic] dentro territorio del departamento de La Guajira, su Experiencia [sic] está certificada por la Lotería de la Guaj

demostrando más de ocho años de experiencia, lo cual otorga VEINTINCINCO (25) PUNTOS; frente a CUMPLIMIENTO, y acorde [sic] a lo señalado en el criterio Experiencia [sic], se otorga un puntaje de DIEZ (10) PUNTOS; EN LO QUE TIENE QUE VER CON organización y canales de distribución, se le otorgan QUINCE (15) puntos, ya que ofrece valores superiores a los máximos exigidos por el Pliego; la CAPACIDAD TECNOLÓGICA EN SISTEMAS INSTALADA, se le da un puntaje de DIEZ (10) PUNTOS, no indica la Propuesta [sic] que [sic] porcentaje tiene instalado; la CAPACIDAD FINANCIERA, es calificada con DIEZ (10) puntos; el INDICE DE LIQUIDEZ, con CINCO (5) PUNTOS, ya que presenta una liquidez superior a tres (3) puntos. Finalmente, el Oferente, presenta todos los documentos exigidos en el Numeral [sic] 1.16 DOCUMENTOS QUE DEBE PRESENTAR EL PROPONENTE, de ahí que la puntuación total de la Propuesta [sic] sea de CIENTO (100) PUNTOS" [fls.8, 10 y 11 c1, subrayado fuera de texto].

5.5. El apoderado de Enilse del Rosario López Romero [fls.93 a 96 c1], presentó comunicación con la cual presentó las "observaciones del proceso calificadorio de la propuesta efectuada por INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA" en la siguiente forma:

"[...] a.- Considero que el comité debió rechazar la propuesta efectuada por INVERAPUESTAS DE LA GUAJIRA LTDA por no contener esta un elemento esencial del proceso licitatorio, en el sentido de no hacer propuestas claras y precisas respecto al número de empleados directos, agencias o sucursales, número [sic] de colocadores o vendedores independientes y porcentaje de escrutinio sistematizado a ofrecer [...]

[...]

Conceptúo que EDELGUA fundó [sic] su calificación de la capacidad financiera (10 puntos) respecto a su patrimonio según declaración de renta del año gravable 2001, y la del índice de liquidez (5 puntos) respecto al Balance General en documentos tributarios y contables que carecen de validez jurídica al no cumplir requisitos esenciales dispuestos por normas tributarias, comerciales y contables.

Si observamos sin mayores detenimientos el Art. 580 del Estatuto Tributario encontramos que no se cumplió con el deber de presentar la declaración tributaria cuando no se presente firmada por quien debe cumplir el deber de declarar o cuando se omita la firma del Contador Público [sic] o Revisor Fiscal existiendo la obligación Legal [sic]

[...]

Es inaceptable, y por más [sic] inexplicable, que luego de tres días de haber remitido EDELGUA copia del "cuaderno de oferta" de INVERAPUESTAS [sic] DE LA GUAJIRA LTDA., remita mediante oficio calendarado el día 27 de junio de 2002 entre otros documentos el anexo No. 2 correspondiente a los folios 25 y 26 del Pliego de Condiciones en donde aparece consignado un manuscrito con una oferta económica, un número [sic] de agencias ofrecidas, un número [sic] de colocadores independientes ofrecido, un porcentaje de escrutinio sistematizado ofrecido [...]" [fls.93 a 95 c1]

5.6. Así mismo, obra la comunicación de Enilse del Rosario López Romero, recibida el 17 de junio de 2002 solicitando aclaración de los pliegos [fls.77 a 85 c1], según la cual:

"[...] a).- Modificación del ítem número 1.13.2. EXPERIENCIA (25 puntos).

[...]

Al hacer un análisis del Pliego de Condiciones, más específicamente en el numeral 1.13.2, que establece "EXPERIENCIA", podemos establecer [sic] la presencia de tratos discriminatorios para las personas nacionales que no realizan su actividad comercial en el Departamento de la Guajira, estipulación que viola los preceptos constitucionales y legales, la cual deberá conllevar la modificación del ítem distinguido con el número 1.13.2 EXPERIENCIA (25 puntos), por considerarlo un acto discriminatorio contra la Oferente [sic], lo cual constituye una lesión directa del derecho a la igualdad.

[...]

2.- Aclaración del ítem No. 1.10.1.6 y del ítem No. 1.16.7.

Estos ítems hacen referencia a la exigencia de un PAZ Y SALVO para los oferentes. En el ítem [sic] 1.10.16 se exige que el oferente se halle a Paz y Salvo con EDELGUA, más sin embargo [sic] el ítem 1.16.7 establece que el Paz y Salvo debe ser de EDELGUA o de la entidad concedente donde haya obtenido o tenga concesión para la explotación del juego de las apuestas permanentes.

La aclaración va dirigida a establecer de manera clara y precisa:

Si el oferente es de otro Departamento distinto a la Guajira, deberá aportar además del Paz y Salvo EDELGUA, el Paz y Salvo [sic] de la entidad donde haya sido o sea concesionario?.

O puede solo [sic] aportar el Paz y Salvo de la entidad donde haya sido o es concesionario para la explotación de las apuestas permanentes?" [fls.79, 84 y 85 c1].

5.7. Dicha comunicación fue respondida por medio del Oficio número ENV.2002-36, de 18 de junio de 2002 de la gerencia de EDELGUA [fls.86 a 90 c1], en los siguientes términos:

"[...] La apertura de la Licitación estuvo precedida de la publicación de dos (2) avisos los días 24 y 25 de mayo del presente año, en un periódico de amplia circulación, en el cual se informó a quienes pudieran tener interés en participar sobre la apertura del Proceso de Licitación.

Desde luego que el texto de la publicación no contuvo condicionamientos, ni limitaciones y, consiguientemente, puede deducirse que la misma estuvo dirigida, en general, a quienes pudieran asistirle para participar en el trámite o proceso licitatorio, sin limitación o condicionamiento alguno, imprimiéndose en esta manera, carácter general e imparcial a la invitación o convocatoria.

De conformidad con las condiciones y/o términos de los pliegos y, particularmente, de conformidad con el Cronograma que del pliego forma parte, los interesados tuvieron la oportunidad de consultarlos a partir del día siete (7) de junio del presente año; de adquirirlos hasta el día diecisiete (17) del mismo y de solicitar aclaraciones y modificaciones que consideraran necesarias hasta el trece (13) de junio, también del presente año.

[...]

Para cumplir con la exigencia del Literal [sic] b del citado Numeral [sic] 5 del Artículo [sic] 24 del Estatuto de la Guajira en los Numerales 1.13 y siguientes del Pliego de Condiciones, se establecieron los criterios de evaluación de las propuestas, de los cuales se deduce que estos criterios son múltiples o plurales, para significar que la evaluación está [sic] sujeta a la valoración, a través de los mecanismos de puntuación, de un número plural de elementos que según la experiencia son relevantes para seleccionar con objetividad a los contratistas para cumplir los fines de la contratación.

Este número plural de elementos que, como criterios de selección, serán objeto de valoración en diferentes propuestas, está conformado por la oferta económica, la experiencia, el cumplimiento de la organización y los canales de distribución, su capacidad tecnológica instalada en sistemas y la capacidad financiera, pluralidad que de ninguna manera puede significar que la evaluación de las propuestas está condicionada y menos determinada, por el solo elemento experiencia que el interesado debe acreditar en el departamento y que mereció su crítica a la censura, lo que de por sí descarta la posibilidad de que la puntuación que un interesado obtenga por este ítem, constituya en factor determinante para la adjudicación de uno de los contratos y, menos, que constituya un factor excluyente a proponentes que acrediten experiencia en otros territorios distintos al departamento de La Guajira, pues, para los interesados que acrediten experiencia en otros territorios se les asignó igualmente una puntuación, además que para superar una eventual deficiencia o desventaja en la puntuación por el hecho de carecer de antecedentes en la operación del juego en el territorio del departamento, el oferente puede optar o acudir a la alternativa de conformar consorcio o unión temporal con personas que posean o estén en condiciones de acreditar experiencia en el territorio del departamento, lo que de hecho descarta cualquier propósito de exclusión.

intención de violar el derecho fundamental a la igualdad que consagra la Constitución Política.

Pero además, en los Pliegos no se limitó la posibilidad de participar en el concurso o licitación, a personas que tuvieran domicilio o residencia o desarrollaran actividades en el territorio departamental, como para insinuarlo en los partes de su solicitud, sino por el contrario, y de conformidad con los avisos de prensa mismo texto del pliego de Condiciones [sic], ningún condicionamiento ni impedimento, se estableció que cualquier interesado del territorio nacional pudiera adquirir los pliegos y participar en la licitación.

De otra parte, el pliego de Condiciones [sic] es un Acto Administrativo de carácter general e impersonal; prescripciones son obligatorias y de rigurosa observación y solo puede ser impugnado y modificado por procedimiento establecido en el Numeral [sic] 1.9 del Pliego, en el cual se estableció el trece (13) de [sic] como fecha límite para solicitar las modificaciones que resultaran convenientes y que a juicio de [sic] entidad fueran pertinentes.

Desde luego que precluida esta oportunidad, sin que ningún interesado hubiera hecho uso de tal derecho por disposición del mismo citado Artículo [sic] de la ley 80 de 1993, de todas maneras los adquirentes de pliegos están facultados para solicitar simples aclaraciones que no signifiquen o impliquen modificación del Pliego, hasta el último día de plazo para formular las propuestas, derecho este último que esta Gerencia interpreta como el que ejerce en su escrito, y, por esta razón se limitará a afectar las aclaraciones solicitadas en la parte final de su solicitud.

[...]

Decisión:

De conformidad con lo expuesto, se decide:

Primero.- No modificar el Numeral [sic] 1.13.2 EXPERIENCIA del pliego de Condiciones [sic]" [fls.86 a 90 subrayado fuera de texto].

5.8. La Sala con base en el análisis contrastado, armónico y coherente del pliego de condiciones y del No.1, de 24 de junio de 2002, encuentra que comparadas la calificación de la propuesta de la demandante con la calificación de aquella a quien se adjudicó el contrato, Inverapuestas de la Guajira Ltda diferenciación de las mismas no operó sola y exclusivamente por razón de la experiencia cuya estipulación se declara ineficaz de pleno derecho, sino que la adjudicataria también logró un mayor puntaje en cuanto a la capacidad financiera que fue calificada con diez [10] puntos, y en cuanto al índice de liquidez obtuvo calificación de cinco [5] puntos, por lo que no es cierto que el único criterio que permitió determinar la adjudicación haya sido la experiencia como lo sostiene la demandante, criterios en los que la demandante no alcanzó la puntuación máxima requerida que permitiera demostrar que descontado el criterio de experiencia se llegara a la conclusión que a ella se le habría podido adjudicar el contrato, lo que no es cierto desde la valoración de los anteriores medidos probatorios, ya que comparadas las propuestas de la demandante y de la adjudicataria Inverapuestas de la Guajira Ltda se encuentra que aún otorgada igualdad de condiciones de el puntaje por el criterio de la experiencia la primera no habría ocupado el primer lugar, y como esto no fue lo dispuesto por la Resolución acusada, no se sigue que ella sea nula en este aspecto puesto que no viola las exigencias, reglas y criterios del pliego de condiciones.

5.9 Con otras palabras, la evaluación realizada mediante el Acta número 01 de 24 de junio de 2002, contenido en la Resolución número 06 de 12 de julio de 2002 por la que se adjudicó el contrato de concesión del juego de apuestas permanentes "Chance" para la zona norte de la Guajira a la empresa Inverapuestas de la Guajira Ltda, no pueden considerarse nulas puesto que se correspondieron con las exigencias, criterios y reglas fijadas en los pliegos de condiciones, las que son obligatorias y vinculan para todos los interesados, participantes y oferentes en la Licitación Pública número 01 de 2002, por lo que no habría lugar a declarar su nulidad, y en consecuencia tampoco habría lugar a reconocer perjuicio alguno que se haya reclamado, sin que se haya demostrado que la calificación otorgada por razón de la estipulación del numeral 1.13.2 del pliego de condiciones, que se declara ineficaz de pleno derecho, haya incidido en la decisión de adjudicación, ya que descartada la misma la demandante en ningún caso habría logrado

puntaje o valoración superior a la adjudicataria como quedó probatoriamente establecido.

5.10 Con base en los anteriores argumentos, la Sala modifica la sentencia de primera instancia y declara oficio la ineficacia de pleno derecho de la estipulación o cláusula del numeral 1.13.2 2 del pliego de condiciones de la licitación pública número 01 de 2002 que tenía como objeto la adjudicación de concesiones del juego de apuestas permanentes "Chance" en el departamento de la Guajira. Así mismo la Sala confirmará la sentencia de primera instancia al encontrar que Resolución 06 de 12 de julio de 2007 y el Acta número 01 de 24 de junio de 2002 no representaron infracción alguna a los derechos e intereses de la demandante, ni representaron violación de los principios de selección objetiva, transparencia e imparcialidad de la Ley 80 de 1993, manteniendo incólume su presunción de legalidad, de manera tal que niegan la totalidad de las pretensiones de la demanda. Así mismo, la Sala revocará la decisión del a quo que compulsó copias a la autoridad competente en contra de los funcionarios de la entidad pública demandada que participaron en el proceso de licitación, según la parte motiva de esta providencia.

6. Costas. Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia de 11 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira y declara la ineficacia de pleno derecho de la estipulación o cláusula del numeral 1.13.2 2 del pliego de condiciones de la licitación pública número 01 de 2002 que tenía como objeto la adjudicación de concesiones del juego de apuestas permanentes "Chance" en el departamento de la Guajira.

SEGUNDO. CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia de 11 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira que negó la totalidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. REVOCAR el numeral segundo de la sentencia de 11 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

CUARTO. ABSTENERSE de condenar en costas.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidenta de la Subsección C

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado

