

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / ACCIÓN DE TUTELA EJERCIDA POR LA PARTE DEMANDANTE EN CONTRA DEL CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “A” / SENTENCIA DE REEMPLAZO**

Los señores Blanca Nubia Ochoa Molano y Marco Tulio Porras Jaramillo ejercieron acción de tutela, con el fin de que se dejara sin efectos la sentencia dictada en el proceso ordinario de controversias contractuales, por considerar que se desconoció la disposición legal aplicable al caso concreto, en relación con la contabilización del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (del acto de adjudicación – controversias contractuales), respecto de actos precontractuales, esto es, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto no se descontaron los días de vacancia judicial, no obstante que se trataba de un término de días. (...) La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sede de tutela dictó la sentencia del 14 de diciembre de 2017, en la que amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la parte actora y, en consecuencia, dejó sin efectos el fallo del 22 de febrero de 2017, del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, disponiendo que profiriera una providencia de reemplazo, en la que tuviera en cuenta que no había operado el fenómeno de la caducidad del medio de control, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que no se descontaron los días de vacancia judicial, debiéndose haber efectuado en consideración a que se trataba de un término de días. (...) En cumplimiento de la orden de tutela, la autoridad judicial accionada dictó la sentencia de reemplazo del **24 de mayo de 2018**, en la que confirmó el fallo de primera instancia, previo análisis de los pliegos de condiciones, de las modificaciones y adendas a los mismos, del acto administrativo de adjudicación del contrato y del convenio de concesión celebrado

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Causal quinta / CONSEJO DE ESTADO – Competencia**

La Sala Veintisiete (27) Especial de Decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación es **competente** para conocer el presente recurso extraordinario de revisión interpuesto contra el fallo de la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado, según lo establecido por el artículo 249 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las sentencias dictadas por las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado serán conocidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin exclusión de la sección que profirió la decisión. (...) Cabe destacar que el artículo 107 *ejusdem* creó las Salas Especiales de Decisión para resolver los procesos sometidos al conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que la ley expresamente les encomiende, disposición con fundamento en la cual se expidió el Acuerdo 321 de 2014 que, en su artículo 2º, señaló los asuntos de su competencia, asignándoles, entre otros, los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado, competencia que quedó expresamente regulada en el artículo 29 del Acuerdo 080 de 2019, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, actualmente vigente

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 107 / AACUERDO 080 DE 2019 – ARTÍCULO 29

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Oportunidad**

La Sala advierte que la demanda que contiene el recurso extraordinario de revisión se presentó en el término establecido en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la sentencia que se pretende infirmar fue dictada el **24 de mayo de 2018**, por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, la cual fue notificada por edicto fijado el 7 de junio y desfijado el 12 de junio de 2018 y el recurso se interpuso el 24 de mayo de 2019

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 251

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Requisitos**

Para la interposición del recurso deben atenderse los requisitos de las demandas ordinarias indicados en el artículo 252 de la Ley 1437 de 2011, especialmente, el recurrente debe señalar, justificar y acreditar en grado de plenitud probatoria el supuesto de hecho de la causal o causales consagradas en el artículo 250 *ejusdem* en que se funda el recurso

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 252 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250

### **NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO – Como causal de revisión / CAUSAL QUINTA DE REVISIÓN – Alcance / JUEZ DE CONSTITUCIONALIDAD / JUEZ DE CONVENCIONALIDAD**

[S]e ha aceptado que pueden existir otros motivos no contemplados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la vulneración directa del artículo 29 Constitucional, evento en el cual corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho, puede configurar la causal de revisión en comento, circunstancia que se deriva de la exigencia de actuar como juez de constitucionalidad y de convencionalidad en garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en un proceso judicial. (...) en estos casos, el juez no está creando una causal diferente a las legalmente reconocidas, en la medida en que la nulidad originada en el fallo se deriva del desconocimiento de un mandato constitucional, en donde el operador judicial es el encargado de determinar si lo que se alega tiene la entidad suficiente para invalidar el fallo de instancia, pues no toda irregularidad tiene la capacidad de afectar la inmutabilidad de la providencia que ha puesto fin al proceso, sino únicamente aquellas que tengan un carácter sustancial en la medida en que incidan en el sentido de la decisión, por afectar el núcleo esencial o contenido constitucionalmente vinculante del derecho al debido proceso.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 252 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la nulidad originada en la sentencia como causal de revisión ver Consejo de Estado, Sala Catorce Especial de Decisión, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Rad. Radicación: 110010315000 2008 00320 00

**AD QUEM - Principio de limitación de su competencia**

Los fines del recurso de apelación y la competencia del juez de segunda instancia para resolverlo, se encuentran regulados en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, aplicables al caso concreto, toda vez que la sentencia de segunda instancia objeto de revisión se dictó en vigencia de este ordenamiento procesal -24 de mayo de 2018-, el cual, en consecuencia, debía tenerse como normatividad procesal inclusive en aquellos asuntos que se estaban tramitando bajo los lineamientos del Código Contencioso Administrativo (...) Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo en orden a resolver la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al **apelante único** en la sentencia de primera instancia, la cual se encuentra expresamente consagrada en el artículo 31 de la Carta Política, desarrollada en el inciso 4º del artículo 228 del Código General del Proceso. Finalmente, la Sala destaca que la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, tampoco 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; o *ii)* de las normas legales de carácter imperativo

**FUENTE FORMAL:** LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 320 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 328 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 228 INCISO 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 31

#### **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Alcance**

En virtud de este principio, el alcance y contenido de una providencia está delimitado por las pretensiones de la demanda y por los argumentos expuestos en las instancias del proceso, existiendo una correspondencia entre ésta y los hechos que se esgrimen en la demanda. (...) [L]a sentencia debe ser objeto de revisión cuando falta al principio de congruencia, es decir, cuando carece de la coherencia externa y/o interna, razón suficiente para calificar de inválida la decisión, porque el fallador excede su competencia, la que -se reitera- está determinada por los cargos y pretensiones de la demanda, lo cual ratifica que constituye un elemento de validez de esta.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 281 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 305

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el principio de congruencia ver Corte Constitucional, Sentencia T-961 de 2000, reiterada en la T-079 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido

#### **NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN / NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / EXTRALIMITACIÓN DE COMPETENCIA O FALTA DE CONGRUENCIA – Inexistente**

[S]e encuentra acreditado que fue la misma parte actora quien argumentó, en el libelo introductorio y en el escrito de apelación, que su derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios se originó por “**haber llenado todos los requisitos de la licitación**”, constituyéndose en el único licitante hábil, motivo que le confería el derecho a resultar beneficiado con la adjudicación. Las dos circunstancias

referidas, aunadas al marco normativo y jurisprudencial que regula la figura del restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y, por ende, del contrato de concesión, llevan a la Sala a concluir que no existió ni extralimitación de la competencia ni mucho menos es dable predicar la existencia de un fallo incongruente. (...) Lo anterior por cuanto, fue la misma parte actora, al solicitar el restablecimiento del derecho, quien fijó el marco de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver su caso, lo cual no podía hacerse al margen de las exigencias de esta figura jurídica en sede del medio de control de controversias contractuales, en virtud de las cuales le corresponde al demandante, cumplir una doble carga procesal; de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente cumplía con todas las exigencias del pliego de condiciones y que su propuesta era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la Administración

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 328 INCISO 2 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 281 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 305

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SALA VEINTISIETE ESPECIAL DE DECISIÓN**

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2019-02361-00(REV)**

**Actor: BLANCA NUBIA OCHOA MOLANO Y OTROS**

**Demandado: EMPRESA DE LOTERÍAS Y APUESTAS PERMANENTES DEL ATLÁNTICO (LOTANCO)**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

**Temas:** Causal de revisión de nulidad originada en la sentencia – competencia del *ad quem* – aspectos inescindiblemente ligados a la apelación – principio de congruencia.

## **SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

---

### **OBJETO DE LA DECISIÓN**

No observando causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve

el recurso extraordinario de revisión interpuesto por **Blanca Nubia Ochoa Molano**, la sociedad **Inversiones Porzul Ltda.**<sup>1</sup> y la **Unión Temporal de Empresarios Unidos de Colombia**<sup>2</sup>, por intermedio de apoderado judicial, con el cual pretenden que se infirme la sentencia dictada el **24 de mayo de 2018**, por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, en el proceso ordinario de controversias contractuales instaurado por las recurrentes en contra de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO<sup>3</sup>.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. Proceso ordinario de controversias contractuales

#### 1.1.1. Demanda

1. El 19 de enero de 2001, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, posteriormente reformada a la de controversias contractuales<sup>4</sup>, a través de apoderado debidamente constituido, la señora Blanca Nubia Ochoa Molano y las sociedades Le Apuesto S.A. e Inversiones Porzul Ltda., integrantes de la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia, presentaron oportunamente demanda en contra de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO, en la cual solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

#### A. PRIMERA PETICION:

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

#### B. SEGUNDA PETICION:

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

#### C. TERCERA PETICION:

*Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, se condene a la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico*

---

<sup>1</sup> Sociedad representada legalmente por el señor Marco Tulio Porras Jaramillo.

<sup>2</sup> Representada por el señor Jaime Garzón Serrano.

<sup>3</sup> Empresa suprimida y liquidada, teniéndose como sucesor procesal al Departamento del Atlántico.

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

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

**D. CUARTA PETICION:**

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

**E. QUINTA PETICION:**

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

**F. SEXTA PETICIÓN:**

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

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora refirió que:

2.1. El 12 de octubre de 2000, la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO abrió la Licitación Pública No. 001, con el fin de otorgar la concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes a particulares en el departamento del Atlántico y en el distrito de Barranquilla.

2.2. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 24 numeral 5º y 30 numeral 2º de la Ley 80 de 1993, la entidad demandada elaboró los pliegos de condiciones, los cuales en el transcurso del proceso licitatorio fueron modificados en lo concerniente a los criterios o factores de evaluación y los correspondientes porcentajes de calificación, mediante adendas números 1 del 8 de noviembre y 2 del 9 de noviembre de 2000.

2.3. En el pliego de condiciones se estableció la posibilidad de presentar propuestas por parte de consorcios y/o uniones temporales, pero aclarando que cada uno de los miembros de estas asociaciones debía cumplir con todos los requisitos legales y presentar los documentos requeridos en el acto administrativo de apertura de la licitación, como si fueran a participar en forma independiente.

2.4. Así mismo, se estableció que en la licitación se agotarían dos etapas: *i)* una clasificatoria, en la que se evaluaría el cumplimiento de los requisitos para participar, consistentes en las exigencias jurídicas, técnico administrativas y financieras mínimas establecidas en el pliego de condiciones; y *ii)* una segunda etapa de calificación, en la que se aplicarían, a las ofertas que no hubieran sido rechazadas, los factores y puntajes de selección y se relacionarían, en orden descendente, las propuestas calificadas, siempre y cuando la cuantía de las mismas fuera igual o mayor a la prevista como mínima en el pliego de condiciones.

2.5. La licitación terminó con el proferimiento, por parte del gerente de la entidad, de la Resolución No. 498 del 29 de noviembre de 2000, por medio de la cual se adjudicó el contrato de concesión a la Unión Temporal Empresarios del Caribe<sup>5</sup>.

2.6. Con fundamento en lo anterior, las partes suscribieron el contrato “A.P. 015 de 2000 de Concesión para la explotación de juegos y apuestas permanentes en la ciudad de Barranquilla y el Departamento del Atlántico”, con una duración de tres (3) años, contados a partir de la fecha del perfeccionamiento, prorrogable por el mutuo consentimiento de las partes contratantes.

### **1.1.2. Actuaciones procesales relevantes del proceso ordinario**

#### **1.1.2.1. Actuaciones previas y auto admisorio de la demanda**

3. La demanda inicial, de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada en contra del acto administrativo de adjudicación de la licitación, fue inadmitida por auto del 12 de septiembre de 2001, notificado al Ministerio Público el 17 de enero de 2002 y a la empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO, el 21 de febrero de 2002.<sup>6</sup>

4. La parte actora corrigió y adicionó la demanda, en el sentido de señalar que, como consecuencia de la celebración del contrato dentro del mes siguiente a la adjudicación, la acción por la que correspondía incoar las pretensiones era la de controversias contractuales.

5. Mediante providencia del 1º de abril de 2003, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la corrección y adición de la demanda, providencia que fue notificada mediante edicto emplazatorio a los integrantes de la unión temporal

---

<sup>5</sup> Copia de la resolución de adjudicación obra a folios 23 a 30 del cuaderno No. 1 del expediente del proceso ordinario.

<sup>6</sup> Folios 164 a 166 del cuaderno No. 1 del expediente del proceso ordinario.

Empresarios del Caribe; transcurrido el término legal sin que se hicieran presentes para la notificación, se les nombró curador *ad litem* para que los representara, auxiliar de la justicia que tomó posesión el 7 de mayo de 2007.

6. Por auto del 25 de octubre de 2007<sup>7</sup> se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, incorporándose la documental señalada por estas, al tiempo que se decretó una inspección judicial y una prueba pericial.

7. Vencido el periodo probatorio, por auto del 30 de enero de 2009, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

#### **1.1.2.2. Sentencia de primera instancia**

8. El Tribunal Administrativo del Atlántico, el 1º de abril de 2009, dictó sentencia en la que declaró la nulidad de la Resolución No. 498 del 29 de noviembre del 2000, así como del contrato No. AP 015 del 1º de diciembre de 2000 y denegó las demás pretensiones de la demanda.

9. Para arribar a la citada resolutive, el *a quo* del proceso ordinario analizó el pliego de condiciones de la licitación pública y las modificaciones introducidas por la Administración, para concluir que no encontraba irregularidad alguna en las que recaían sobre los ítems 8.1.7, 8.1.9 y 25, en tanto no infringían el principio de igualdad.

10. Frente al contenido de los numerales 8.1.7., 8.1.9. y 8.1.11 del pliego de condiciones, censurado por la parte demandante por impedir el acceso de otros empresarios a la licitación pública, consideró que no era dable ventilarlo en la acción de controversias contractuales, sino que ha debido ser cuestionado en la de simple nulidad, sujeta al plazo de caducidad de treinta (30) días, consagrado en el segundo inciso del artículo 87 del C.C.A.

11. Con fundamento en lo anterior, concluyó que *“el Tribunal tiene vedada la posibilidad de avocar el estudio de los señalamientos que giran en torno a la validez del pliego de condiciones.”*<sup>8</sup>

12. Al estudiar la propuesta y los anexos de la unión temporal adjudicataria del contrato, el Tribunal encontró que la señora Enilce López Romero no se encontraba debidamente representada en la actuación precontractual, por cuanto el señor Jorge Chaljub no tenía poder especial para actuar en su nombre, de tal manera que se trataba de una proponente no hábil, concluyendo que *“el anotado vicio también invalida el contrato de concesión No. A.P. 015 del 1º de diciembre de 2000, porque la anulación de la Resolución No. 498 del 2000 (acto de adjudicación)*

---

<sup>7</sup> El auto de apertura a pruebas del proceso ordinario de controversias contractuales obra a folios 263 a 267 del cuaderno No. 1 del proceso ordinario.

<sup>8</sup> Folio 13 del cuaderno No. 2



*indefectiblemente provoca ese resultado, en virtud de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993<sup>9</sup>.*

13. Agregó que, no obstante, la declaratoria del acto de adjudicación y del contrato, ello no generaba el restablecimiento del derecho solicitado por los demandantes.

14. En efecto, en relación con la pretensión indemnizatoria, consideró que, el numeral 21 del pliego de condiciones<sup>10</sup> establecía que únicamente clasificarían los proponentes que obtuvieran un puntaje igual o superior al setenta por ciento (70%) del total establecido y la propuesta presentada por la parte demandante únicamente obtuvo sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) puntos de los cien (100) posibles, *“por lo que no satisfizo la condición prevista en el pliego de condiciones y ni siquiera como proponente único habría alcanzado el puntaje mínimo clasificatorio para merecer la adjudicación del contrato.”*

15. El *a quo* del proceso ordinario señaló que, el hecho de que la sociedad demandante fuera el único proponente hábil no la habilitaba para aplicarle el ítem III del numeral 21 del pliego de condiciones<sup>11</sup>, que disponía que en la evaluación económica se le otorgaría el máximo puntaje, esto es, treinta y cinco (35) puntos a la mejor propuesta económica, porque esta puntuación se contempló para el evento de pluralidad de proponentes hábiles, en la que uno de ellos demostrara, en el marco de una legal competencia, tener la mejor propuesta en relación con las demás, supuesto fáctico que no se cumplió en el caso concreto, porque sólo concurrió un proponente hábil.

### **1.1.2.3. Recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de primera instancia**

#### **1.1.2.3.1. Interpuesto por la entidad pública demandada**

16. La parte demandada, Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO interpuso recurso de apelación en el que solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada para que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda relacionadas con la validez del pliego de condiciones, por considerar que debió ejercerse el medio de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho.

---

<sup>9</sup> La norma citada establece: “ARTICULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: ... 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.”

<sup>10</sup> “21. FACTORES DE SELECCIÓN

*Solamente clasificarán los proponentes que obtengan un puntaje igual o superior al 70%. del puntaje general establecido”* Folio 54 del cuaderno número 1 del expediente del proceso ordinario.

<sup>11</sup> Este numeral consagra la evaluación económica, en los siguientes términos: *“La Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico calificará este aspecto dándole el máximo puntaje de 35 puntos a la mejor propuesta económica, a la segunda mejor propuesta se contabilizará con un 20% menos del puntaje máximo, al tercer puesto con el 40% menos del puntaje máximo y así sucesivamente.”*

17. Con respecto al acto de adjudicación del contrato, previa transcripción de algunas citas jurisprudenciales sobre el control de legalidad de los actos precontractuales, concluyó que “*no hay lugar al estudio de la pretensión de nulidad absoluta de la resolución de adjudicación, que debió ser propuesta como hecho o como fundamento de la acción contractual*”. A continuación, precisó las razones por las cuales la integrante de la Unión Temporal Empresarios del Caribe estaba debidamente representada.

#### **1.1.2.3.2. Apelación interpuesta por la parte demandante**

18. De otro lado, la parte demandante del proceso de controversias contractuales igualmente interpuso recurso de apelación, en el que solicitó la modificación de la sentencia, en relación con los aspectos que le fueron desfavorables, para lo cual pidió confirmar el numeral primero y revocar el segundo y el tercero de la parte resolutive de la sentencia impugnada.<sup>12</sup>

19. Lo anterior para que, en su lugar, se accediera a la indemnización de perjuicios en su favor, para lo cual reiteró que al ser, la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia, el único licitante hábil, su propuesta económica era la mejor y debió obtener el mayor puntaje en ese factor, con lo cual habría superado el límite mínimo de calificación –setenta por ciento (70%)– exigido en el pliego para ser tenida en cuenta y ello le daba derecho a ser favorecida con la adjudicación de la licitación.

20. Sobre este argumento, la recurrente precisó que: “*descalificado como proponente inhábil la Unión Temporal de Empresarios del Caribe y en aplicación del ordinal III del numeral 21 del Pliego de Condiciones de la licitación, en concordancia con los numerales 11 y 12 ibidem, y **habiendo llenado todos los requisitos de la licitación**, a mis poderdantes les corresponde en el factor económico como único licitante hábil, una ponderación o calificación del 35%/100, quedando su calificación total en **73.666%/100**, siendo los únicos reales ganadores de la licitación.*” (Negrillas y subrayas incluidas en el texto transcrito)<sup>13</sup>

21. La recurrente también manifestó su inconformidad con la decisión del *a-quo* de no condenar en costas a la parte vencida en el juicio, cuando las pretensiones fueron parcialmente acogidas y la oposición de la demanda se fundó en circunstancias que resultaban contrarias a derecho.

22. Mediante auto del 5 de junio de 2009, se concedieron los recursos de apelación, ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual fueron admitidos, por auto del 1º de octubre de 2009, habiéndose corrido traslado a las partes para alegatos de conclusión en segunda instancia, según providencia del 12 de enero de 2010.

#### **1.1.2.4. Sentencia de segunda instancia**

---

<sup>12</sup> El escrito contentivo del recurso de apelación obra a folio 28 del cuaderno No. 2 del expediente del proceso ordinario.

<sup>13</sup> Folio 50 del cuaderno No. 2 del expediente del proceso ordinario.

23. Los recursos de apelación fueron inicialmente resueltos por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, en sentencia del 22 de febrero de 2017, en la que se confirmó el fallo recurrido.

24. Lo anterior, sobre la base de considerar que la parte demandante ejerció en tiempo la acción para pedir la nulidad del acto de adjudicación y del contrato, pero no para solicitar la reparación de los perjuicios que, en sentir de la parte actora, le fueron ocasionados, *“pues el libelo fue impetrado cuando ya se había celebrado el contrato estatal y un día después de haber vencido el término de los treinta (30) días que preceptúa el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y tal como se viene de explicar en los casos en que se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los 30 días anunciados, las únicas pretensiones que pueden abrirse paso serán las encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo a la adjudicación y la consiguiente nulidad absoluta del contrato.”*<sup>14</sup>

25. Con fundamento en lo anterior, estudió la nulidad del acto administrativo de adjudicación y consideró que la propuesta presentada por la Unión Temporal Empresarios del Caribe debió haber sido descalificada en la primera etapa, denominada clasificatoria, toda vez que existía un vicio en la capacidad de una de sus integrantes.

26. Sobre el restablecimiento del derecho, solicitado por la parte demandante, afirmó que esta presentó la demanda por fuera del término de treinta (30) días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación y, por consiguiente, no se podían estudiar las pretensiones resarcitorias.

#### **1.1.2.5. Acción de tutela ejercida por la parte demandante en contra del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”**

27. Los señores Blanca Nubia Ochoa Molano y Marco Tulio Porras Jaramillo ejercieron acción de tutela, con el fin de que se dejara sin efectos la sentencia dictada en el proceso ordinario de controversias contractuales, por considerar que se desconoció la disposición legal aplicable al caso concreto, en relación con la contabilización del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (del acto de adjudicación – controversias contractuales), respecto de actos precontractuales, esto es, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo<sup>15</sup>, por cuanto no se descontaron los días de vacancia judicial, no obstante que se trataba de un término de días.

---

<sup>14</sup> Ver folio 102 del cuaderno número 14 del expediente del proceso ordinario de controversias contractuales.

<sup>15</sup> **Artículo 87. De las controversias contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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

28. La Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>16</sup>, en sede de tutela dictó la sentencia del 14 de diciembre de 2017, en la que amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la parte actora y, en consecuencia, dejó sin efectos el fallo del 22 de febrero de 2017, del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, disponiendo que profiriera una providencia de reemplazo, en la que tuviera en cuenta que no había operado el fenómeno de la caducidad del medio de control, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que no se descontaron los días de vacancia judicial, debiéndose haber efectuado en consideración a que se trataba de un término de días.

#### **1.1.2.6. Sentencia de reemplazo, que corresponde a la censurada en sede del recurso extraordinario de revisión**

29. En cumplimiento de la orden de tutela, la autoridad judicial accionada dictó la sentencia de reemplazo del **24 de mayo de 2018**, en la que confirmó el fallo de primera instancia, previo análisis de los pliegos de condiciones, de las modificaciones y adendas a los mismos, del acto administrativo de adjudicación del contrato y del convenio de concesión celebrado.

30. En el fallo se estudió ampliamente el tema de la caducidad de la acción, encontrando que se instauró dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del acto administrativo de adjudicación del contrato, advirtiéndose que la parte demandante *“al hacer uso de la acción contractual actuó de manera correcta y, además, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, para pedir la nulidad del acto de adjudicación y del contrato, así como para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la supuesta indebida adjudicación.”*<sup>17</sup>

31. A continuación, estudió la validez de la Resolución No. 498 de 2000, mediante la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal Empresarios del Caribe, encontrando que, efectivamente, la propuesta presentada por la adjudicataria de la licitación debió haber sido descalificada en la primera etapa – denominada clasificatoria–, toda vez que no se cumplieron los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, los cuales estaban a cargo tanto de la unión temporal, como de cada uno de sus miembros individualmente considerados.

32. Con fundamento en la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y, por ende, del contrato de concesión, en la sentencia censurada se estudió la

---

celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

<sup>16</sup> Con ponencia de la Magistrada Rocío Araújo Oñate.

<sup>17</sup> Folio 154 del cuaderno número 14 del expediente de tutela.

pretensión de restablecimiento del derecho reclamada por la parte actora, la que señaló en el libelo introductorio y en el escrito contentivo del recurso de apelación que, *“al haber sido rechazada la propuesta de quien resultó elegido adjudicatario, la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia, de la que hacían parte los demandantes, pasaba a ser el único proponente válido.”*

33. En punto de lo anterior, hizo referencia al derecho a la indemnización de perjuicios que tiene quien, con ocasión de la nulidad del acto de adjudicación, demuestre que debió haber sido favorecido, la cual consiste en la utilidad que pretendió obtener, a partir de la adjudicación, celebración y ejecución del contrato de las cuales fue ilegalmente privado.

34. Precisó que, en estos casos, no es suficiente que el demandante acredite la ilegalidad del acto de adjudicación, sino que debe probar que *“la suya cumplía con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que era la más favorable para la administración, de acuerdo con los factores de calificación y ponderación establecidos en dicho pliego.”*<sup>18</sup>

35. Estudió el argumento expuesto en la demanda inicial y en el recurso de apelación, según el cual, en aplicación del ordinal III del artículo 21 del pliego de condiciones, la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia tenía derecho a que se le otorgara el puntaje máximo de treinta y cinco (35) puntos como calificación del factor económico, con lo cual el total que habría obtenido es de 73.666%, es decir, por encima del mínimo exigido en el pliego de condiciones, de tal manera que debió habersele adjudicado la licitación, lo que implica que en sede del proceso se le debe restablecer el derecho.

36. Al respecto, el *ad quem* del proceso ordinario, consideró que, para que sea dable acceder al restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato, la parte demandante debió acreditar que cumplía con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y, de las pruebas obrantes en la foliatura, se desprendía que no había demostrado algunos de ellos.

37. Concretamente, se refirió al incumplimiento de los requisitos referidos a: *i)* la vigencia de los *“paz y salvos”* por todo concepto, con LOTANCO, Hacienda Departamental y la DIAN; *ii)* a las agencias o puntos de venta propuestas; y a la *iii)* omisión de aportar el registro mercantil de las agencias.

38. Del análisis *in extenso* de cada una de las condiciones exigidas en el acto de apertura de la licitación y sus adendas, concluyó que *“resulta evidente que la propuesta presentada por la unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, no cumplió cabalmente con lo exigido en el pliego de condiciones, tampoco demostró los requisitos jurídicos para ser evaluada, de manera que su oferta no fue la mejor y la más conveniente y, en consecuencia, no tenía derecho a la adjudicación de la concesión.”*<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Folio 158 vuelto del cuaderno número 14 del expediente del proceso ordinario de controversias contractuales.

<sup>19</sup> Folio 164 del cuaderno 14 del expediente del proceso ordinario.

39. La sentencia fue notificada por edicto fijado, entre el 7 de junio de 2018 y el 12 de junio de la misma anualidad, habiendo cobrado ejecutoría el 15 de julio siguiente, según constancia secretarial visible a folio 166 del cuaderno 14 del expediente del proceso ordinario.

#### **1.1.2.7. Acción de tutela interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia del 24 de mayo de 2018**

40. Mediante escrito del 24 de julio de 2018, los demandantes del proceso ordinario instauraron una nueva acción de tutela, por considerar que se había configurado en la sentencia de reemplazo una vía de hecho que vulneró su derecho fundamental al debido proceso *“y atentó, entre otros, contra los principios constitucionales fundamentales de la congruencia, seguridad jurídica, justicia material y acceso a la administración de justicia.”*

41. La Sección Quinta del Consejo de Estado, en providencia del 6 de diciembre de 2018<sup>20</sup> confirmó la decisión proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación del 18 de octubre de 2018<sup>21</sup>, que había declarado improcedente la acción de tutela por carencia del requisito de relevancia constitucional. En sede de impugnación la Sala consideró que sobre los cargos relacionados con la nulidad originada en la sentencia procedía el recurso extraordinario de revisión, al tenor de lo dispuesto por el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no concurría el presupuesto de subsidiariedad que tornara procedente el estudio de fondo del asunto.

## **II. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

### **2.1. Demanda**

42. Mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el **24 de mayo de 2019**, la señora **Blanca Nubia Ochoa Molano**, la sociedad **Inversiones Porzul Ltda.** y la **Unión Temporal de Empresarios Unidos de Colombia**, por intermedio de apoderado judicial, interpusieron recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del **24 de mayo de 2018**, proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual se resolvieron los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra el fallo del 1º de abril de 2009, dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el proceso de controversias contractuales Rad. No. 08001231000200100368 01.

43. La parte actora de este recurso invocó como causal de revisión la consagrada en el numeral 5º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>22</sup>, para lo cual manifestó que *“la*

---

<sup>20</sup> Con ponencia del Magistrado Alberto Yepes Barreiro y la intervención de los Magistrados Rocío Araújo Oñate, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>21</sup> Con ponencia del Magistrado Milton Chávez García.

<sup>22</sup> **“Artículo 250. Causales de revisión.** Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

*decisión estuvo por fuera de los extremos del litigio señalado por las partes en la demanda y en la contestación de la misma, así como en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia, generando un fallo incongruente que necesariamente implica una nulidad por violación a la garantía constitucional del debido proceso.”*

44. Afirmó que la sentencia no guarda relación con lo pedido por las convocantes en su demanda y los argumentos de defensa esgrimidos por la convocada en el escrito de contestación de la demanda ni con los razonamientos expuestos en los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia de primera instancia.

45. La parte recurrente desarrolló ampliamente el principio de congruencia del fallo, a la luz del artículo 281 del Código General del Proceso y de la jurisprudencia vigente sobre esta materia y precisó que la autoridad judicial que profirió la decisión se extralimitó en la competencia funcional y violó la prohibición de fallar *extra petita*.

46. Se refirió a las pretensiones de la demanda de controversias contractuales, señalando que solicitó *“la declaratoria de nulidad de la Resolución 498 de 29 de noviembre de 2000 y del contrato No. AP 015 de 01 de diciembre de 2000, así como la indemnización de los perjuicios que les generó la no adjudicación del contrato para el juego de apuestas permanentes en el Departamento del Atlántico y el Distrito de Barranquilla, aun cuando eran los únicos licitantes hábiles.”*

47. Hizo referencia a la contestación de la demanda que -en la respectiva oportunidad procesal- presentó LOTANCO, indicando que en ella se señaló que el acto de adjudicación de la licitación se encontraba ajustado al ordenamiento jurídico y que las adendas realizadas al pliego de condiciones obedecieron a la facultad que la ley otorga a la Administración para corregir, modificar o adicionar dichos pliegos.

48. Así mismo, señaló que la entidad demandada se opuso a las inconformidades aducidas en la demanda, indicando que en la resolución de adjudicación se dio respuesta a todas las objeciones formuladas por la parte demandante en la etapa de evaluación de las ofertas.

49. Se refirió a los argumentos con los que el Tribunal negó el restablecimiento del derecho consecuencial a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y del contrato de concesión y a las alegaciones contenidas en los recursos de apelación interpuestos por las partes -demandante y demandada-, así como a las incluidas en el fallo censurado, insistiendo en que, en ninguna de ellas se indicó que la unión temporal no cumpliera los requisitos habilitantes.

50. En efecto, de lo expuesto concluyó que *“en ningún momento se cuestionó o se discutió la calidad de licitante hábil de la Unión Temporal Empresarios Unidos de*

---

*5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.*

Colombia. El acto administrativo de calificación se encontraba en firme en relación con los no objetados válidamente en la oportunidad respectiva. El objeto del presente proceso se circunscribió a debatir la nulidad de la Resolución No. 498 de 29 de noviembre de 2000 y del contrato A.P. No. 015 del 01 de diciembre de 2000, así como la indemnización de perjuicios a que había lugar en favor de la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia. Estos últimos se acreditaron en la medida en que descalificados uno de los dos licitantes, correspondía al otro licitante el puntaje a la mejor propuesta económica y, en consecuencia, la adjudicación del contrato.”<sup>23</sup>

51. Reiteró que, se trajeron a colación argumentos que no fueron objeto de discusión en el proceso, esto es, circunstancias que no se propusieron por ninguna de las partes y, en consecuencia, no fueron objeto de la controversia, “lo que conlleva a una flagrante vulneración del derecho fundamental al debido proceso y del derecho de contradicción.”

52. Argumentó que, al Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” le correspondía determinar si la oferta presentada por la unión temporal de los demandantes les daba derecho a acceder a los treinta y cinco (35) puntos otorgados a la mejor propuesta económica, con ocasión de la descalificación de la presentada por la Unión Temporal Empresarios del Caribe.

53. Agregó que, al margen de lo anterior, la corporación judicial que dictó la sentencia de segunda instancia omitió la valoración del material probatorio incorporado en el proceso el cual, de haberse apreciado, habría concluido que “sí cumplió con todos los requisitos del pliego, como lo constató el Comité Evaluador, incluso con aquellos que la Sección Tercera aduce fueron incumplidos.”

54. Sobre el punto señaló que, el requisito consistente en aportar los “paz y salvos” de LOTANCO y Hacienda Departamental fue cumplido a cabalidad y de idéntica forma por ambas uniones temporales, por cuanto en el contexto de la audiencia de aclaración del pliego de condiciones, se concertó con la entidad concedente “que tales paz y salvos serían entregados con una fecha de expedición coincidente con el término de la licitación, y no necesariamente con una fecha de expedición concurrente con la fecha de cierre de la licitación.”<sup>24</sup>

55. En relación con el “paz y salvo” de la DIAN, aclaró que se trata de un requisito que fue modificado por la Adenda 2, en el sentido de exigirlo para la fecha de suscripción del contrato y no para el momento del cierre de la licitación.

56. Sobre el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Inversiones Porzul Ltda., aseveró que fue aportado dentro de la vigencia exigida, toda vez que la fecha de cierre de la licitación fue prorrogada en dos oportunidades y el certificado cumplía con el requisito respecto de la primera fecha de cierre que correspondía al 26 de octubre de 2000.

57. La exigencia relacionada con aportar el registro mercantil de las agencias o puntos de venta para el juego de apuestas permanentes fue modificado

---

<sup>23</sup> Folio 26 del cuaderno principal del recurso extraordinario de revisión.

<sup>24</sup> Folio 26 del expediente.



por la Adenda 1, en el sentido de exigir únicamente el listado de las agencias con sus respectivas direcciones.

58. Con fundamento en lo anterior, solicitó que se *“declare la procedencia de la causal quinta de revisión.”*

## **2.2. Actuaciones procesales relevantes**

### **2.2.1. Manifestación de impedimento de la magistrada Rocío Araújo Oñate**

59. Mediante escrito del 29 de mayo de 2019, la magistrada que funge como ponente manifestó encontrarse incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del Proceso, en consideración a haber dictado, en calidad de ponente, la sentencia de tutela del 14 de diciembre de 2017, por medio de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales de la parte demandante y dejó sin efectos la primera sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, en el proceso de controversias contractuales, y dio paso al fallo de reemplazo del 24 de mayo de 2018, objeto del recurso del vocativo de la referencia.

60. Así mismo, por haber hecho parte de la Sala de Decisión que dictó la sentencia de tutela del 6 de diciembre de 2018, que confirmó la decisión proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación del 18 de octubre de 2018, que había declarado improcedente la acción que la parte actora ejerció en relación con el segundo fallo del proceso ordinario.

61. El impedimento manifestado fue declarado infundado, en auto interlocutorio del 6 de agosto de 2019, dictado por la Sala Veintisiete (27) Especial de Decisión, en consideración a que los aspectos que se analizaron en sede de tutela difieren de los que se plantean en el recurso extraordinario de revisión, por lo que no resulta comprometida la imparcialidad de la magistrada que solicitó ser separada del conocimiento del proceso.<sup>25</sup>

### **2.2.2. Auto admisorio**

62. Con posterioridad al trámite del impedimento, el expediente ingresó al despacho ponente el 22 de agosto de 2019 y mediante proveído del 23 de agosto de la citada anualidad, se admitió la demanda y se dispuso la debida integración del contradictorio<sup>26</sup>, oportunidad en la que se ordenó la vinculación y efectiva notificación del Gobernador del Departamento del Atlántico, como sucesor de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO, en consideración a que esta última finalizó su proceso de liquidación y se declaró terminada su existencia legal, mediante la Resolución No. 032 del 8 de septiembre

---

<sup>25</sup> Ver folios 46 a 48 del cuaderno principal del recurso extraordinario de revisión.

<sup>26</sup> Folios 57 a 66 del cuaderno No. 1 del expediente que contiene el recurso extraordinario de revisión.

de 2019, publicada en la Gaceta No. 8025 del 15 de octubre de 2014 de la Gobernación del Departamento del Atlántico.

### **2.2.3. Notificación del auto admisorio – integración del contradictorio**

63. El auto admisorio de la demanda se notificó por medios electrónicos el 27 de agosto de 2019, según constancias obrantes a folio 60 vuelto a 71 del cuaderno principal del expediente.

64. No obstante, ante la imposibilidad de notificar en forma personal a todos los integrantes de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, por auto del 23 de septiembre de 2019, se ordenó que, por la Secretaría General de la Corporación, se obtuvieran las direcciones físicas en las cuales podrían ser notificadas las siguientes personas naturales y jurídicas: *i)* Enilce del Rosario López Romero<sup>27</sup>; *ii)* Rafael Andraus Burgos; *iii)* Renato Fabian Pardo Donato; *iv)* la sociedad Inversiones Malhu Ltda.; y *iv)* la sociedad Apuestas Permanentes Olimpo S.A.

65. Por auto del 23 de octubre de 2019, se decretó el emplazamiento de: *i)* Rafael Andraus Burgos; *ii)* Renato Fabian Pardo Donato; y de *iii)* la sociedad Inversiones Malhu Ltda., quienes no pudieron ser notificados en forma personal del auto admisorio de la demanda, al tiempo que se tuvo por notificada por conducta concluyente a la señora Enilce del Rosario López Romero.

66. Cumplidas las ritualidades del emplazamiento, por auto del 18 de diciembre de 2019, se les designó curador *ad litem*, con quien se surtió la notificación personal del auto admisorio del recurso extraordinario de revisión, según constancia obrante a folio 67 del cuaderno No. 2 del expediente del recurso extraordinario de revisión.

67. Efectuadas todas las notificaciones, el 21 de enero de 2020, por la Secretaría General de esta Corporación se fijó el Aviso No. 002 del 21 de febrero de 2020, por el término de veinticinco (25) días, con fundamento en lo establecido por el inciso 5º del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011. Desfijado el aviso, el término de traslado para contestar la demanda empezó a correr el 25 de febrero de 2020.

### **2.2.4. Contestación de la demanda**

#### **2.2.4.1. Departamento del Atlántico como sucesor de la Empresa de Loterías y Apuestas Permanentes del Atlántico – LOTANCO**

68. Dejó vencer en silencio el término para contestar la demanda.

---

<sup>27</sup> Fue notificada por intermedio del establecimiento carcelario EPMSC ERE de Barranquilla, a cargo del cual se encuentra el cumplimiento de la prisión domiciliaria de la cual es domiciliaria, según aviso del 27 de septiembre de 2019, visible a folio 114 del expediente.

#### **2.2.4.2. Enilce del Rosario López Romero y la sociedad Apuestas Permanentes Olimpo S.A. (Integrantes de la Unión Temporal Empresarios del Caribe)**

69. Dejaron vencer en silencio el término para contestar la demanda.

#### **2.2.4.3. Rafael Andraus Burgos; Renato Fabian Pardo Donato y la sociedad Inversiones Malhu Ltda. (Integrantes de la Unión Temporal Empresarios del Caribe)**

70. El curador *ad litem* de los demandados, debidamente designado y posesionado, contestó la demanda, según escrito radicado el 10 de febrero de 2020, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

71. Argumentó que la recurrente no acreditó que debió haber sido favorecida por la licitación, de tal manera que la reclamación se efectúa sobre una “*mera expectativa*”.

72. Agregó que, no concurren en el caso concreto los requisitos de la causal de revisión referida a la nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso. Ello, por cuando no se advierte la falta de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ni la incongruencia del fallo que resolvió sobre todos los aspectos de la *litis*.

#### **2.2.4. Concepto del Ministerio Público**

73. El Procurador Delegado rindió el Concepto No. 033/2019, en el que consideró que se debía declarar infundado el recurso extraordinario de revisión, por cuanto la parte actora no logró acreditar que la sentencia “*adoleciera de un vicio de incongruencia o de falta de competencia que permita aplicar el numeral 5º del artículo 250 del CPACA, dado que la decisión se fundamentó en el principio iura novit curia y en el marco jurídico de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por lo que el juez tenía competencia para aplicar las normas jurídicas que considerara relevantes para resolver la controversia jurídica.*”<sup>28</sup>

74. Indicó que el recurso se interpuso en forma oportuna y con el lleno de los requisitos legales, no obstante, no estaba llamado a prosperar, toda vez que el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “A” aplicó el principio *iura novit curia*, afirmando que, en virtud de este, “*le corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia de lo invocado por las partes*”.<sup>29</sup>

75. Citó y transcribió apartes de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado referida a este principio e indicó que en materia contractual “*se ha exigido que el demandante para tener derecho a la indemnización debe demostrar que su oferta sea la mejor, lo que implica que la adjudicación del contrato a la cual considera tiene derecho, debe demostrar la ausencia de defectos que conlleven a la nulidad absoluta de la misma.*”

---

<sup>28</sup> Folio 93 vuelto del cuaderno No. 1 del expediente del recurso extraordinario de revisión.

<sup>29</sup> Al respecto, citó como fuente la sentencia T-577 de 2017, dictada por la Corte Constitucional.

76. Aseveró que la parte demandante se centró únicamente en el cumplimiento de uno de los *ítems* del pliego de condiciones, afirmando que con este se constituía en el único adjudicatario de la licitación, al tiempo que guardó silencio frente a las demás exigencias.

77. A su juicio, ello implicaba que la *causa petendi* no podía limitarse al *ítem* indicado por la parte actora, sino que correspondía al juez verificar los hechos que se encontraban debidamente probados que hacen parte inescindible de la *litis*. Agregó que, *“no se configuró vicio por concepto de extra petita, dado que en ningún momento se modificaron las pretensiones de la demanda. Para valorar si se otorga la indemnización solicitada se requiere hacer un análisis íntegro del cumplimiento de todos los requisitos del pliego de condiciones, porque esta valoración fáctica no se puede declarar como la mejor oferta y por consiguiente sin poderse acceder a la pretensión solicitada.”*

78. Finalizó su escrito haciendo referencia a la imposibilidad de acceder a la solicitud de nueva valoración de las pruebas, dada su absoluta improcedencia en el recurso extraordinario de revisión, para lo cual transcribió ampliamente el marco de competencia en esta sede y, concretamente, de la causal de nulidad originada en la sentencia invocada por la parte demandante.

#### **2.2.5. Impedimento manifestado por la Magistrada María Adriana Marín**

79. La Sala Especial de Decisión No. 27, mediante auto interlocutorio del 27 de agosto de la presente anualidad, declaró infundado el impedimento manifestado por la Magistrada María Adriana Marín.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **3.1. Normatividad aplicable**

80. El Título VI Capítulo I de la Ley 1437 de 2011, regula el recurso extraordinario de revisión. En él se indican los términos, causales y requisitos que deben cumplirse para su admisión y procedencia, artículos 248 a 255.

#### **3.2. Presupuestos procesales de la acción**

##### **3.2.1. Competencia**

81. La Sala Veintisiete (27) Especial de Decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación es **competente** para conocer el presente recurso extraordinario de revisión interpuesto contra el fallo de la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado, según lo establecido por el artículo 249 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las sentencias dictadas por las Secciones o

Subsecciones del Consejo de Estado serán conocidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin exclusión de la sección que profirió la decisión<sup>30</sup>.

82. Cabe destacar que el artículo 107 *ejusdem* creó las Salas Especiales de Decisión para resolver los procesos sometidos al conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que la ley expresamente les encomiende, disposición con fundamento en la cual se expidió el Acuerdo 321 de 2014 que, en su artículo 2º, señaló los asuntos de su competencia, asignándoles, entre otros, los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado, competencia que quedó expresamente regulada en el artículo 29 del Acuerdo 080 de 2019, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, actualmente vigente.

### 3.2.2. Oportunidad

83. La Sala advierte que la demanda que contiene el recurso extraordinario de revisión se presentó en el término establecido en el artículo 251 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la sentencia que se pretende infirmar fue dictada el **24 de mayo de 2018**, por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, la cual fue notificada por edicto fijado el 7 de junio y desfijado el 12 de junio de 2018<sup>31</sup> y el recurso se interpuso el 24 de mayo de 2019.

### 3.2.3. Legitimación en la causa

84. Respecto del presupuesto referido a la **legitimación en la causa**, debe expresarse que la señora **Blanca Nubia Ochoa Molano**, la sociedad **Inversiones Porzul Ltda.** y la **Unión Temporal de Empresarios Unidos de Colombia** están legitimados en la causa por activa y el Departamento del Atlántico y los integrantes de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, por pasiva, respectivamente, toda vez que los recurrentes y la entidad pública demandada fueron partes del proceso en el que se dictó la sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión del vocativo de la referencia. De ahí que, resulte evidente la legitimación que ostentan ambos al interior de este proceso.

## 3.3. Problema jurídico

85. Corresponde a la Sala determinar si procede infirmar la sentencia dictada el **24 de mayo de 2018**, por el Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección “A”, por medio de la cual se confirmó el fallo del 1º de abril de 2009 del Tribunal Administrativo del Atlántico, que había accedido parcialmente a las

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-450 de 2015, en la cual se consideró que *“la expresión demandada simplemente implica que no se puede excluir de plano a todos los Magistrados de la Sección o Subsección, pero en ningún momento permite concluir que no deba decidirse en cada caso concreto si se presenta una causal de impedimento, por lo cual es claro que no se afectan los principios de imparcialidad e independencia judicial.”* Conforme al planteamiento anterior, no vulnera el principio de imparcialidad el conocimiento de un recurso extraordinario de revisión por parte de uno de los magistrados que aprobó la sentencia recurrida, toda vez que, no es jurídicamente admisible excluir a todos los consejeros que participaron de la decisión impugnada.

<sup>31</sup> El aviso obra a folio 166 del cuaderno No. 14 del expediente del proceso ordinario de controversias contractuales.

pretensiones de la demanda.

86. En consecuencia, de cara al examen de la situación fáctica expuesta por la parte actora, del material probatorio recaudado, de la causal de revisión invocada y de los argumentos expuestos en el libelo introductorio, el problema jurídico que subyace al caso concreto consiste en establecer si se configura en el *sub examine* la causal de nulidad originada en la sentencia, por: *i)* extralimitación en la competencia del *ad quem*; y *ii)* haberse vulnerado el principio de congruencia, circunstancias previstas como supuestos susceptibles de ser analizados de fondo a través de este medio extraordinario de impugnación.

87. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: *i)* generalidades del recurso extraordinario de revisión; *ii)* causal de nulidad originada en la sentencia; *iii)* competencia del *ad quem*, para resolver el recurso de apelación; *iv)* principio de congruencia del fallo y violación del mismo como causal de invalidez; y *v)* análisis del caso concreto, con fundamento en los argumentos expuestos en el recurso y la valoración en su conjunto de los medios de convicción allegados al proceso, con plenas garantías del derecho al debido proceso de la parte recurrente, consagrado en el artículo 29 Constitucional.

#### **3.4. Generalidades del recurso extraordinario de revisión**

88. Este recurso, regulado en los artículos 248 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es un medio de impugnación excepcional que permite revisar determinadas sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo amparadas por la intangibilidad de la cosa juzgada e infirmarlas, ante la demostración inequívoca de ser decisiones injustas, por incurrir en alguna de las causales que taxativamente consagra la ley<sup>32</sup>.

89. Las sentencias susceptibles del recurso son *“(i) las dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; (ii) las dictadas en única, primera o segunda instancia por los Tribunales Administrativos y (iii) las dictadas en primera o segunda instancia por los Jueces Administrativos, cuya naturaleza permita la interposición de tal recurso.”*<sup>33</sup>

90. Para la interposición del recurso deben atenderse los requisitos de las demandas ordinarias indicados en el artículo 252 de la Ley 1437 de 2011, especialmente, el recurrente debe señalar, justificar y acreditar en grado de plenitud probatoria el supuesto de hecho de la causal o causales consagradas en

---

<sup>32</sup> El marco teórico y conceptual del recurso extraordinario de revisión con las características esenciales que se indican, ha sido construido por esta Corporación, entre otras, en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 2 de marzo de 2010, Rad. REV-2001-00091, 6 de abril de 2010, Rad. REV-2003-00678, 20 de octubre de 2009, Rad. REV-2003-00133, 12 de julio de 2005, Rad. REV-1997-00143-02, 14 de marzo de 1995, Rad. REV-078, 16 de febrero de 1995, Rad. REV-070, 20 de abril de 1993, Rad. REV-045 y 11 de febrero de 1993, Rad. REV-037; Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, Rad. 35995 y Sección Quinta, sentencia de 15 de julio de 2010, Rad. 2007- 00267.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

el artículo 250 *ejusdem* en que se funda el recurso.

91. Constituye un requisito de especial trascendencia que la parte actora aporte las pruebas necesarias, pertinentes e idóneas, encaminadas a acreditar la causal de nulidad que alega.

92. En este orden, la técnica del recurso exige correspondencia entre los argumentos en que se fundamenta, la causal invocada y las alegaciones expuestas por el recurrente, de forma tal que no le es dable a éste realizar elucubraciones dirigidas a atacar las motivaciones jurídicas o los juicios de valor que soportaron la decisión adoptada en la sentencia recurrida ni pretender subsanar o corregir errores u omisiones de la propia parte en el ejercicio del derecho de contradicción y el agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa, como si se tratara de una nueva instancia.

93. En otras palabras, el recurso extraordinario de revisión no da cabida a cuestionamientos sobre el criterio con que el juez interpretó o aplicó la ley en la sentencia, siendo riguroso en cuanto a su procedencia, pues se restringe a las causales enlistadas. Por ello, en este escenario, la labor del juez no puede exceder la demarcación impuesta por el recurrente al explicar la causal de revisión de la sentencia, que deberá ser examinada dentro de un estricto y delimitado ámbito interpretativo<sup>34</sup>.

94. Tampoco es posible que se cuestione la valoración probatoria efectuada por el juez ordinario, pues no se trata de corregir *“los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que a juicio del recurrente hubiera podido incurrir el fallador, pues eso equivaldría a convertir el recurso en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada; sino de la inobservancia de las reglas propias de la sentencia, que vician su validez.”*<sup>35</sup>

95. En virtud de lo expuesto, se advierte que este recurso tiene como finalidad principal la revisión de las decisiones adoptadas injustamente, es decir, por medios ilícitos o irregulares, pero no para tratar de enmendar los errores judiciales como los casos de inadecuada valoración de las pruebas (error de

---

<sup>34</sup> Así se desprende de las normas que lo consagran y lo ha desarrollado esta Corporación en varios pronunciamientos de los que cabe destacar: Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 27 de enero de 2004. Rd. (REV) 2003-0631. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, precisó que: *“... no constituye una nueva instancia, razón por la cual no es admisible en él la continuación del debate probatorio o sobre el fondo del asunto, debiendo circunscribirse únicamente a las precisas causales señaladas en la ley, cuyo examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo. (...)”*. En ese mismo sentido, en sentencia de 11 de octubre de 2005. Rad. (REV) 2003-0794. M.P. Ligia López Díaz, se manifestó que con el recurso extraordinario especial de revisión *“(...) No se trata de controvertir el juicio de valoración propio del juzgamiento, ni es otra instancia que permita a las partes adicionar o mejorar las pruebas y los argumentos ya expuestos y debatidos en las etapas anteriores del proceso, puesto que ello equivaldría a convertir el recurso especial de revisión en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada (...)”*.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 27 Especial de Decisión, Sentencia del 3 de febrero de 2015. M.P. Alberto Yepes Barreiro (E)

hecho), falta de aplicación de la norma correspondiente, o indebida aplicación de esta (error de derecho)<sup>36</sup>.

### **3.5. La causal de revisión por nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso**

96. Este supuesto corresponde a la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la cual *“Son causales de revisión: “5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”*<sup>37</sup>.

97. La causal en estudio ha sido objeto de diversos pronunciamientos que buscan circunscribir su alcance, para evitar que ella se emplee con la única finalidad de que el juez de la revisión se convierta en uno de instancia. Por ello, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha delimitado las circunstancias que pueden configurar la causal de revisión en estudio, para lo cual analizó cada uno de los supuestos consagrados en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil -hoy 133 del Código General del Proceso-, y precisó aquellas no consagradas en esta normatividad que igualmente permiten interponer el medio de impugnación.

98. En efecto, sobre la nulidad originada en la sentencia como causal de revisión, esta corporación, en sentencia del 5 de abril de 2016<sup>38</sup>, explicó:

*“9. El segundo requisito consiste en que la sentencia presente un vicio grave o insaneable que afecte su validez. La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado los siguientes defectos como causantes de nulidad en la sentencia”*<sup>39</sup>:

...

**9.4. Pretermitir la instancia**, por ejemplo: (i) **al proferir una sentencia sin motivación**; (ii) *violar el principio de la non reformatio in pejus (como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada) o (iii) proferir sentencia condenatoria contra un tercero que no fue vinculado al proceso.*

**9.5. Decidir aspectos que no corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez.**

...

---

<sup>36</sup> De cualquier forma será forzoso analizar con cuidado los argumentos esgrimidos por la parte actora, con el fin de detectar si lo que se cuestiona es, realmente, una actuación contraria a la ley o carente de justificación o, si el propósito del demandante es que se revise la decisión, como si el proceso en sede de lo contencioso administrativo pudiera constituirse en una nueva instancia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de agosto de 2008, exp. 16.594.

<sup>37</sup> En cuanto al alcance de esta causal, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 26, Sentencia del 7 de abril de 2015, Rad 110010315000201300358-00

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala Catorce Especial de Decisión, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Rad. Radicación: 110010315000 2008 00320 00

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 11 de mayo de 1998, rad. REV-093; de 18 de octubre de 2005 rad. 2000-00239, de 20 de octubre de 2009, rad.REV-2003-00133; y de 7 de abril de 2015, , M.P. Jorge Octavio Ramírez; Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de junio de 2009, rad. 836-06; y Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2009, rad. 2006-00123



10. *En relación con la nulidad originada en la sentencia por ausencia de motivación, la jurisprudencia de esta Corporación ha diferenciado la falta absoluta de motivación de la deficiente o errada, y ha señalado que únicamente la carencia total de pronunciamiento del juez sobre las razones de hecho o de derecho que le permiten arribar a una decisión, es motivo de revisión bajo la causal sexta. De manera que es improcedente, con fundamento en dicha causal, alegar situaciones relacionadas con deficiencias en la motivación derivadas, por ejemplo, de la estimación errada de las pruebas o de los hechos por parte del juez; de la indebida interpretación de las normas jurídicas aplicadas; o del desconocimiento del precedente judicial (...).*<sup>40</sup>

99. Igualmente, se ha aceptado que pueden existir otros motivos no contemplados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la vulneración directa del artículo 29 Constitucional, evento en el cual corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho, puede configurar la causal de revisión en comento, circunstancia que se deriva de la exigencia de actuar como juez de constitucionalidad y de convencionalidad en garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en un proceso judicial.<sup>41</sup>

100. Así lo entendió la Sala Especial de Decisión Veintiséis (26) de esta Corporación, al indicar que “... las causales de nulidad de la sentencia son las previstas en el estatuto procesal civil, en las condiciones que establece el art. 142 del mismo y las que se originen en la sentencia por violación del debido proceso constitucional, contemplado en el artículo 29”<sup>42</sup>.

101. Es importante aclarar que en estos casos, el juez no está creando una causal diferente a las legalmente reconocidas, en la medida en que la nulidad originada en el fallo se deriva del desconocimiento de un mandato constitucional, en donde el operador judicial es el encargado de determinar si lo que se alega tiene la entidad suficiente para invalidar el fallo de instancia, pues no toda irregularidad tiene la capacidad de afectar la inmutabilidad de la providencia que ha puesto fin al proceso, sino únicamente aquellas que tengan un carácter sustancial en la medida en que incidan en el sentido de la decisión, por afectar el núcleo esencial o contenido constitucionalmente vinculante del derecho al debido proceso.

102. Bajo el anterior marco normativo y conceptual se analizarán los argumentos del recurso en el presente asunto, reiterando que se tendrá en cuenta el carácter sustancial de la irregularidad alegada, esto es, aquél que resulte determinante para el sentido de la decisión.

---

<sup>40</sup> Si bien la sentencia citada hace referencia a las causales contempladas en el Decreto 01 de 1984, tiene plena vigencia en relación con la invocada por el recurrente que se encuentra contemplada actualmente en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, que consagra como supuesto de hecho la nulidad originada en la sentencia.

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sentencia del 8 de mayo de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. Rad. 1998-153-01 (REV), unificó el criterio sobre el alcance de la causal, precisando que puede configurarse por evidenciarse una violación del artículo 29 Constitucional –debido proceso

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial No. 26., M.P. Olga Melida Valle de De la Hoz. Rad: 11001-03-15-000-2011-01639-00. En la citada Sala, se aprobaron otras dos decisiones en igual sentido.

### **3.6. Análisis del caso concreto con fundamento en la causal de revisión alegada y los supuestos fácticos y jurídicos en que se fundamenta**

#### **3.6.1. Argumento de la demandante**

103. La parte recurrente invocó, como causal de procedencia del recurso extraordinario de revisión, la consagrada en el numeral 5º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, analizada en el acápite anterior, referida a *“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”*, por considerar que la autoridad judicial que la profirió extralimitó su competencia y dictó un fallo incongruente.

104. Para desarrollar estos argumentos, manifestó que *“la decisión estuvo por fuera de los extremos del litigio señalado por las partes en la demanda y en la contestación de la misma, así como en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia, generando un fallo incongruente que necesariamente implica una nulidad por violación a la garantía constitucional del debido proceso.”*

105. Consideró que, *“en ningún momento se cuestionó o se discutió la calidad de licitante hábil de la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia. El acto administrativo de calificación se encontraba en firme en relación con los no objetados válidamente en la oportunidad respectiva. El objeto del presente proceso se circunscribió a debatir la nulidad de la Resolución No. 498 de 29 de noviembre de 2000 y del contrato A.P. No. 015 del 01 de diciembre de 2000, así como la indemnización de perjuicios a que había lugar en favor de la Unión Temporal Empresarios Unidos de Colombia. Estos últimos se acreditaron en la medida en que descalificados uno de los dos licitantes, correspondía al otro licitante el puntaje a la mejor propuesta económica y, en consecuencia, la adjudicación del contrato.”*<sup>43</sup>

106. Argumentó que, al Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” le correspondía determinar si la oferta presentada por la unión temporal de los demandantes les daba derecho a acceder a los treinta y cinco (35) puntos otorgados a la mejor propuesta económica al tenor de lo dispuesto por el pliego de condiciones, con ocasión de la descalificación de la oferta de la Unión Temporal Empresarios del Caribe.

107. Esta argumentación implica estudiar la competencia del *ad quem* y el principio de congruencia para, finalmente, establecer si el mismo se vulneró, al no haberse reconocido la indemnización de los perjuicios que la parte actora consideró que se le causaron por no habersele adjudicado el contrato.

#### **3.6.2. Principio de limitación de la competencia del *ad quem***

108. Los fines del recurso de apelación y la competencia del juez de segunda instancia para resolverlo, se encuentran regulados en los artículos 320 y

---

<sup>43</sup> Folio 26 del cuaderno principal del recurso extraordinario de revisión.

328 del Código General del Proceso<sup>44</sup>, aplicables al caso concreto, toda vez que la sentencia de segunda instancia objeto de revisión se dictó en vigencia de este ordenamiento procesal -24 de mayo de 2018-, el cual, en consecuencia, debía tenerse como normatividad procesal inclusive en aquellos asuntos que se estaban tramitando bajo los lineamientos del Código Contencioso Administrativo, según se expuso en los autos del 25 de julio de 2014<sup>45</sup> y del 6 de agosto de la citada anualidad<sup>46</sup>, oportunidad esta última en la que se señaló:

*[...]deberá entenderse que la norma del artículo 267 del C.C.A. remite al Código General del Proceso y no al Código de Procedimiento Civil. Si bien, es cierto, la disposición señalada hace una remisión expresa a este último cuerpo normativo, ello no es óbice para que a partir del 25 de junio de 2014, el CPG se aplique en lo pertinente a aquellos procesos que se iniciaron bajo la vigencia del C.C.A., pues una interpretación teleológica de la norma, permite concluir que el fin del legislador al consagrar la cláusula de integración residual, no era remitir a una codificación en concreto, sino a la legislación procesal civil vigente, que como ya se dijo, regula los aspectos más transversales a todos los procesos. Una interpretación en el sentido contrario no sólo sería excesivamente rígida, sino que además conduciría a la parálisis del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que el legislador cuando ejerce su función no siempre tiene la posibilidad de avizorar los cambios normativos que tendrán lugar en el futuro y, en consecuencia, sólo podía consagrar la remisión hacia la norma vigente para la fecha, que no era otra que el decreto 1400 de 1970. Sin embargo, una vez entró a regir el CGP, es este el cuerpo normativo llamado a llenar regular los aspectos no contemplados en el CCA y que aún se encuentren pendientes, pues carecería de sentido que el juez de lo contencioso administrativo siguiera remitiéndose para ese efecto a disposiciones que ya han perdido su vigencia.”*

109. En virtud del primero de los preceptos citados, este recurso tiene por objeto *“que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.”*

110. La segunda norma precisa que *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”* Dispone,

---

<sup>44</sup> Que modificaron el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que consagraba el principio de congruencia en los siguientes términos: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versee el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.”

<sup>45</sup> El cual había empezado a regir en la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde el 1º de enero de 2014. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 25 de junio de 2014, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. exp. 2012-00395-01 (IJ)

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. 88001-23-33-000-2014-00003-01(50408)

igualmente, que *“cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”*

111. Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo en orden a resolver la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al **apelante único** en la sentencia de primera instancia<sup>47</sup>, la cual se encuentra expresamente consagrada en el artículo 31 de la Carta Política<sup>48</sup>, desarrollada en el inciso 4º del artículo 228 del Código General del Proceso.

112. Finalmente, la Sala destaca que la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, tampoco 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; o *ii)* de las normas legales de carácter imperativo.<sup>49</sup>

113. Las normas procesales anteriores deben interpretarse igualmente en armonía con lo dispuesto por el artículo 170 del Decreto Ley 01 de 1984, en virtud de la cual, al cumplir con el deber de motivar la sentencia, el juez *“Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones.”*

### 3.6.3. Principio de congruencia

114. La congruencia procesal se ha definido como, *“el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso- administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas”*.<sup>23</sup>

115. En virtud de este principio, el alcance y contenido de una providencia está delimitado por las pretensiones de la demanda y por los argumentos expuestos en las instancias del proceso, existiendo una correspondencia entre ésta y los hechos que se esgrimen en la demanda.

---

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de jurisprudencia del 9 de febrero de 2012, M.P. Mauricio Fajardo Gomez, Rad. No. 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060)

<sup>48</sup> *“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.*

*“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”*.

<sup>49</sup> Ob. Cit. Cita No. 46.

116. Se encuentra regulado en el artículo 281 del Código General del Proceso que reformó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, normas aplicables por remisión a los procesos que se adelantan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según lo dispuesto por el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.<sup>50</sup>

117. En torno a esta disposición, el Consejo de Estado ha señalado que la congruencia debe ser interna y externa. La primera obedece a la correspondencia que debe existir entre la parte motiva y resolutive de la sentencia; y la segunda, esto es la externa, que la decisión contenida en la parte resolutive se encuentre en concordancia con lo pedido en la demanda y en su contestación.

118. En relación con este aspecto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expresó:

*“El petitum, entonces deberá expresar claramente la modificación o reforma que se pretende de los actos acusados, y a él atañe la observancia por parte del juzgador del principio de la congruencia de las sentencias, que debe ser tanto interna como externa. La externa, se traduce en la concordancia debida entre el pedido de las partes en la demanda y su corrección, junto con las excepciones, con lo decidido en la sentencia y encuentra su fundamento en los artículos 55 de la Ley 270 de 1996 y 170 del C.C.A. en concordancia con el 305 del C.P.C., que señala que el juez en la sentencia debe analizar ‘los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, con el objeto de resolver todas las peticiones’. No debe olvidarse, además, que conforme al artículo 304 del C.P.C. la parte resolutive ‘deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda...’. La congruencia interna, está referida a la armonía y concordancia que debe existir entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas contenidas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive de la sentencia.”<sup>51</sup>*

119. Conforme a lo expuesto, este principio tiene como finalidad que la providencia se encuentre en concordancia y armonía entre lo pretendido, lo pedido por las partes y lo decidido por el juez, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional ha considerado que:

*“...a la luz de tal postulado, el juez debe resolver todos los aspectos ante él expuestos y, por consiguiente, es su obligación explicar las razones por las cuales no se ocupará del análisis de fondo de alguna de las pretensiones. Adicionalmente, el juez tiene a su cargo el deber de fallar con fundamento en la realidad fáctica demostrada, por cuanto, su decisión, de ninguna manera, puede fundamentarse en lo que dicho funcionario considera que pudo ser,*

---

<sup>50</sup> Las citadas normas procesales establecen que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley. (...)”

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de agosto de 2002, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, Rad. 12668. Ver igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, M.P. Cesar Palomino Cortés, Rad. Rad. 11001-03-25-000-2013-00838-00.

*pero que las partes ni él de oficio, lograron establecer en el curso de la actuación procesal.<sup>52</sup>*

120. En consecuencia, la sentencia debe ser objeto de revisión cuando falta al principio de congruencia, es decir, cuando carece de la coherencia externa y/o interna, razón suficiente para calificar de inválida la decisión, porque el fallador excede su competencia, la que -se reitera- está determinada por los cargos y pretensiones de la demanda, lo cual ratifica que constituye un elemento de validez de esta.

121. Efectuadas las anteriores consideraciones sobre la causal de nulidad alegada, se analizarán las razones expuestas en la demanda de la referencia, con el fin de establecer si encuadran en el supuesto de hecho de la causal invocada y los lineamientos que al respecto ha señalado la Sala Plena de esta Corporación, que tienen carácter vinculante para las Secciones al momento de resolver un recurso de esta naturaleza.

### **3.6.4. Garantía de los principios de limitación del *ad quem* y de congruencia en el caso concreto**

122. A efectos de establecer si en el caso concreto se vulneraron los principios referidos, la Sala examinará: *i*) las pretensiones de la demanda de controversias contractuales y los argumentos expuestos en el recurso de apelación; *ii*) la decisión adoptada en la sentencia censurada, con el fin de realizar un test de comparación entre las primeras, lo efectivamente acreditado en el proceso y la decisión adoptada en sede de apelación.

#### **3.6.4.1. Pretensiones del proceso ordinario de controversias contractuales**

123. La parte actora incluyó en la demanda, las siguientes pretensiones principales:

**Primera:** Declaratoria de nulidad de la Resolución No. 498 del 29 de noviembre de 2000, expedida por el gerente general de LOTANCO, por medio de la cual se adjudicó el contrato de concesión de apuestas permanentes a la Unión Temporal Empresarios del Caribe.

**Segunda:** Nulidad consecuencial del Contrato de Concesión No. A.P. 015 del 1º de diciembre de 2000.

**Tercera:** Restablecimiento del derecho (indemnización de perjuicios) derivado de la nulidad del acto de adjudicación y del contrato, aspecto sobre el cual señaló que, los demandantes, *“como se demostrará debieron ser los únicos, legítimos y verdaderos favorecidos en la licitación”*.

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-961 de 2000, reiterada en la T-079 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

### 3.6.4.2. Sentencia de primera instancia

124. El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió a las dos primeras pretensiones y negó la tercera, esta última sobre la base de considerar que el consorcio de la parte actora únicamente obtuvo 66.666 puntos de los 100 posibles, lo que significa que no satisfizo la condición prevista en el pliego de condiciones, consistente en obtener un puntaje igual o superior al 70% del establecido por la Administración y que no era dable adjudicarle el máximo establecido en el numeral III del artículo 21 del pliego de condiciones, ante la inexistencia de pluralidad de oferentes.

### 3.6.4.3. Recursos de apelación

125. Bajo este acápite, lo primero que destaca la Sala es que tanto la parte demandante como la demandada interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, cada una con el fin de que se revocaran aquellos aspectos que le fueron desfavorables, destacándose los siguientes argumentos principales:

Entidad demandada - LOTANCO	Parte demandante
Sus argumentos estuvieron encaminados a que se revocara la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y del contrato, que eran los aspectos desfavorables a la entidad.	Sus argumentos estuvieron encaminados a que se revocara la negativa de reconocer la indemnización de los perjuicios ocasionados, por considerarse que, no obstante, la declaratoria de nulidad decretada, no era dable adjudicarle el contrato al no haber obtenido el puntaje mínimo exigido.
Hizo referencia a la indebida escogencia de la acción, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A.	Falta de aplicación del ordinal III del numeral 21 del pliego de condiciones, en concordancia con los numerales 11 y 12, que contienen el sistema de evaluación de las propuestas. En este punto, cabe resaltar que la demandante señaló que <b><i>“habiendo llenado todos los requisitos de la licitación, a mis poderdantes les corresponde en el factor económico como único licitante hábil, una ponderación o calificación del 35%/100, quedando su calificación total en <u>73.666%/100</u>, siendo los únicos y reales ganadores de la licitación, y al no otorgárseles el contrato de concesión de Apuestas Permanentes, le fue arbitrariamente desconocido ese derecho, causándoles graves perjuicios económicos.”</i></b> (negrillas y subrayas en el texto transcrito)  Con fundamento en lo expuesto, hizo

	referencia al material probatorio por el cual se acreditaron los perjuicios ocasionados como consecuencia de la adjudicación irregular del contrato.
	Como segundo argumento de impugnación, se refirió a la procedencia de condenar a la parte demandada a pagar las costas del proceso.

#### 3.6.4.4. Marco de competencia para resolver los recursos de apelación en el caso concreto

126. De lo reseñado en los numerales anteriores, se puede concluir, sin lugar a duda, en primer lugar, que, tal como lo precisó el representante del Ministerio Público, la competencia del *ad quem* en el proceso ordinario se rigió por la regla consagrada en el inciso 2º del artículo 328 del Código General del Proceso, según la cual, si ambas partes han apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

127. En segundo lugar, se encuentra acreditado que fue la misma parte actora quien argumentó, en el libelo introductorio y en el escrito de apelación, que su derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios se originó por “**haber llenado todos los requisitos de la licitación**”<sup>53</sup>, constituyéndose en el único licitante hábil, motivo que le confería el derecho a resultar beneficiado con la adjudicación.

128. Las dos circunstancias referidas, aunadas al marco normativo y jurisprudencial que regula la figura del restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y, por ende, del contrato de concesión, llevan a la Sala a concluir que no existió ni extralimitación de la competencia ni mucho menos es dable predicar la existencia de un fallo incongruente.

129. Lo anterior por cuanto, fue la misma parte actora, al solicitar el restablecimiento del derecho, quien fijó el marco de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver su caso, lo cual no podía hacerse al margen de las exigencias de esta figura jurídica en sede del medio de control de controversias contractuales, en virtud de las cuales le corresponde al demandante, cumplir una doble carga procesal; de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente cumplía con todas las exigencias del pliego de condiciones y que su propuesta era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la Administración.<sup>54</sup>

130. Sobre estos dos aspectos, en sentencia del 11 de agosto de 2010, la

<sup>53</sup> Aspecto en el que hizo énfasis al resaltar la frase con negrillas.

<sup>54</sup> Sobre este tema, tal como lo explicó el Consejo de Estado, sección Tercera - Subsección “A”, en la sentencia cuya infirmación se pretende, es criterio jurisprudencial reiterado que la parte actora debe acreditar dos condiciones: “i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo; y ii) demostrar que la oferta que presentó el demandante en la licitación era la mejor.



Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, reiterada entre otras, en providencia del 12 de agosto de 2014<sup>55</sup>, advirtió que, para acceder a la pretensión indemnizatoria, derivada de la nulidad del acto de adjudicación, es necesario acreditar que en el proceso de selección la propuesta del oferente se desestimó aun cuando era la más favorable<sup>56</sup>, lo cual quedó expuesto en los siguientes términos:

*“Respecto de la pretensión de pago de la totalidad de las utilidades que el actor esperaba obtener, reitera la Sala en esta ocasión que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, exige la comprobación de las irregularidades en su expedición y su consecuencial nulidad, así como también la demostración de que la oferta presentada por quien reclama era la mejor.”*

131. Es por ello que correspondía al juez encargado de resolver el recurso de apelación establecer estas circunstancias, sin cuya concurrencia no le era posible reconocer el derecho reclamado, teniendo no solamente la competencia sino también el deber jurídico de verificarlas en el proceso, pues solo en la medida de su efectiva comprobación procedía su decreto, de tal manera que se estaba resolviendo precisamente el argumento objeto de la apelación en los aspectos que le son consustanciales a lo debatido en el proceso.

132. Las exigencias normativas y jurisprudenciales referidas conllevaron a la que la autoridad judicial planteara el segundo problema jurídico -objeto de resolución-, referido concretamente al restablecimiento del derecho en los siguientes términos: *“ii. Que la oferta presentada por la demandante, unión temporal Empresarios Unidos de Colombia, cumplió con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y, por lo tanto, debió resultar favorecida con la adjudicación de la licitación.”*<sup>57</sup>

133. Cabe resaltar que, el hecho de que los argumentos con fundamento en los cuales el juez de segunda instancia negó la pretensión indemnizatoria sean diferentes a los expuestos en la sentencia de primera instancia, no puede considerarse como una falta de congruencia del fallo, pues precisamente la Corporación de cierre en materia contencioso administrativa es la llamada a dilucidar los aspectos jurídicos relevantes de la *litis* y precisar aquellas circunstancias que no hubieran sido debidamente identificadas en el proceso, previa valoración de los medios de convicción debidamente allegados a la actuación.

134. Queda, en consecuencia, totalmente desvirtuado el argumento expuesto por la parte actora, según el cual la sentencia no guarda relación con lo

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 12 de agosto de 2015, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332),

<sup>56</sup> Sobre este tema la línea jurisprudencial se encuentra contenida en las siguientes sentencias: 3 de mayo de 1999, exp. 123441 de agosto de 2010, exp. 190569; 27 de enero de 2012, exp. 19932; 8 de febrero de 2012, exp. 20688; 28 de junio de 2012, exp. 22510 y de 16 de agosto de 2012, exp. 19216

<sup>57</sup> Ver folio 147 del cuaderno No. 14 del proceso ordinario de controversias contractuales.

pedido por las convocantes en su demanda y los argumentos de defensa esgrimidos por la convocada en el escrito de contestación de la demanda ni con los razonamientos expuestos en los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia de primera instancia.

135. Igualmente, se demostró que, contrario a lo afirmado por la recurrente, no se dio un fallo *extra petita*, en la medida en que con la decisión adoptada al resolver el recurso de apelación se confirmó la decisión de negar la pretensión indemnizatoria, lo cual no excede lo solicitado por las partes ni el objeto del debate procesal.

136. Con la argumentación y las conclusiones expuestas, la Sala de Revisión igualmente desestima el argumento según el cual lo único que podía hacer el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” era determinar si la oferta presentada por la unión temporal de los demandantes les daba derecho a acceder a los treinta y cinco (35) puntos otorgados a la mejor propuesta económica, con ocasión de la descalificación de la oferta de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, toda vez que lo que le correspondía era verificar si efectivamente se trataba de un proponente hábil, por haber dado alcance a la totalidad de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y sus adiciones y reformas y, únicamente, al superar este aspecto le era dable analizar si era procedente asignarle el mayor puntaje para que se tuviera como adjudicatario del contrato.

137. Resulta contradictoria la alegación de la parte recurrente, según la cual en el proceso se debía debatir y declarar la calidad de licitante hábil de su competidor, la cual se resolvió en forma definitiva en el acto adjudicación que puso fin al procedimiento contractual -que fue declarado nulo- y, simultáneamente, argumentar que el juez carecía de competencia para revisar esa misma condición, esto es, el cumplimiento de los requisitos habilitantes, en relación con su propuesta.

138. Lo anterior, en la medida en que si la evaluación técnica, jurídica y financiera no se encontraba definida en la etapa previa a la adjudicación para la Unión Temporal Empresarios del Caribe tampoco lo estaba para la recurrente. Tan así es que las observaciones se resolvieron en este acto que es el único que se puede tener como definitivo frente a la actuación contractual, dada la forma como la Administración en el caso concreto, adelantó el proceso licitatorio, dando con ello lugar a que se decretara la nulidad.

139. En efecto, fueron precisamente las irregularidades en las actuaciones previas a la adjudicación, referidas a la evaluación de las propuestas, así como las consideraciones expuestas en el acto administrativo definitivo en torno a las observaciones planteadas por la unión temporal que no resultó favorecida con el contrato, que la jurisdicción contenciosa declaró su nulidad absoluta.

140. Refuerza la argumentación de la Sala, en orden a descartar la configuración de las causales de nulidad originadas en la sentencia alegadas por

la parte recurrente, la potestad que le confiere al juez de lo contencioso administrativo el inciso final del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, de “*estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas*”, al momento de resolver sobre el restablecimiento del derecho pretendido como consecuencia de la nulidad del acto administrativo de adjudicación.

141. En consecuencia, la autoridad judicial estaba plenamente facultada para estatuir disposiciones en reemplazo del acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 498 del 29 de noviembre de 2000, declarada nula, máxime cuando encontró que en esa oportunidad la entidad pública no se pronunció sobre las observaciones que efectuaron los proponentes a la evaluación de las ofertas, por considerar que no era necesario, en consideración a que uno solo de los participantes había superado el puntaje mínimo exigido.

142. Lo anterior quedó consignado en el fallo, en el que, previo a señalar las irregularidades advertidas en el proceso de evaluación técnica, jurídica y financiera de las propuestas, se hizo la siguiente precisión:

*“Por su parte, en el acto de adjudicación, Resolución no. 498 del 29 de noviembre de 2000, en el que se da cuenta de la respuesta a las observaciones que efectuaron los proponentes a la evaluación de las ofertas se consignó:*

*‘Que, por haber sido objeto de anterior análisis, la entidad se releva de dar respuesta a varias observaciones presentadas por la Unión Temporal Empresarios de Caribe.’”*

143. Al haberse declarado nulo el acto administrativo de adjudicación, resulta evidente que, en la sentencia en la que se resolvió el recurso de apelación la Sección especializada del Consejo de Estado estaba facultada para examinar todo lo relacionado con los requisitos para tener derecho a la adjudicación, incluidos en el pliego de condiciones, los cuales no encontró acreditados, circunstancia de la que no es posible deducir, como lo pretende la parte recurrente, una falta de competencia del *ad quem*.

144. Finalmente, en relación con el argumento referido a la omisión en la valoración de las pruebas sobre el cumplimiento de los requisitos habilitantes por parte de la parte actora, la Sala advierte que el mismo no solo no encaja en la causal de nulidad originada en la sentencia, sino que, adicionalmente, su examen escapa a la órbita de competencia del juez de la revisión, tal como se precisó al establecer el marco jurídico y conceptual que regula el presente medio de control y que imposibilidad revisar el criterio jurídico del operador judicial y la valoración probatoria efectuada en ejercicio de su autonomía funcional.

### **3.7. Conclusiones**

145. La Sala no encontró acreditadas las causales de nulidad originada en la sentencia alegadas por la parte actora, toda vez que, al estudiar la competencia del *ad quem* del proceso ordinario de controversias contractuales con fundamento

en las normas adjetivas que regulan la materia, evidenció que la sentencia se dictó con pleno respeto de las mismas y en armonía con las pretensiones de la demanda, los argumentos del recurso de apelación y la potestad conferida al juez de lo contencioso administrativo en orden a estudiar la procedencia del restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y del contrato estatal.

### **3.8. Costas**

146. La Sala Especial de Decisión, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 365 numeral 5º, del Código General del Proceso, se abstendrá de condenar en costas, en consideración a que, si bien no prosperó el recurso, la parte pasiva no contestó la demanda de revisión y, por ende, no incurrió en erogación alguna por concepto de agencias en derecho y tampoco acreditó las expensas o gastos en los que hubiera tenido que incurrir, con ocasión del trámite del presente recurso, con lo cual resulta evidente que aquellas no se causaron.

## **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sala Especial de Decisión N° 27, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **V. FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de revisión interpuesto por interpuesto por **Blanca Nubia Ochoa Molano**, la sociedad **Inversiones Porzul Ltda.** y la **Unión Temporal de Empresarios Unidos de Colombia**.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas a la parte recurrente, por no encontrarse causadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DEVOLVER** al despacho judicial de origen el expediente remitido en préstamo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**