

### **FALSA MOTIVACIÓN – Acto administrativo – Definición – Circunstancias de hecho – Circunstancias de derecho – Elemento causal del acto administrativo**

Procede la Subsección a desatar el primer cargo formulado por el recurrente, referente a la falsa motivación, al establecerse que las pólizas de seriedad de la oferta debieron ser prestadas en días hábiles, tesis que calificó como absurda. (...) La falsa motivación, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. (...) la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición. (...) el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad. (...) No se encuentra configurada la existencia de falsa motivación, pues es claro para la Sala que el término de noventa (90) días, señalado en el pliego de condiciones, se entienden como días hábiles, al no encontrarse determinado dentro del mismo lo contrario.

### **GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA – Noción jurisprudencial**

Es menester de la Subsección, señalar que la póliza de garantía de seriedad de la oferta tiene por objeto que se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma, por ende, para participar en los procesos de contratación con el Estado, es necesario que la propuesta esté acompañada de la póliza que garantiza la seriedad de esa intención contractual, sin perjuicio de que dicha póliza solo pueda hacerse efectiva al momento de requerir al adjudicatario para que suscriba el contrato y éste no cumpla. (...) la mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza de que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio propenderá y garantizará el cabal desarrollo del objeto del negocio jurídico, por tal motivo, se trata de un aspecto esencial y no meramente formal dentro del trámite de la licitación.

### **REPRESENTANTE LEGAL – Competencia – Persona facultada para adjudicar contrato – Presencia en audiencia de adjudicación – Falta de competencia acto de declaratoria de desierta – Desviación de poder – Vicio de actos administrativos**

El representante legal de la entidad o la persona que de acuerdo con la ley y las facultades estatutarias sea delegada la facultad para adjudicar el contrato, deberán estar presentes en la vista pública. Revisada la actuación, la parte demandada afirmó en la contestación de la demanda que el Gerente de la entidad no asistió a la audiencia de adjudicación, no obstante, mediante Resolución 120 del 14 de julio de 2000, este delegó en el Secretario General, la competencia para dirigir la licitación No. 001-00, de acuerdo con las facultades estatutarias. La anterior delegación, se realizó desde la apertura de la licitación y hasta la publicación de los informes de evaluación de las propuestas, lo que conforme al cronograma de actividades transcurrió hasta la etapa previa a la adjudicación de la licitación. Aunado a lo anterior, como bien adujo el a quo, quien suscribió el acto administrativo del 5 de octubre de 2000, mediante el cual se declaró desierta la licitación, fue el gerente de la entidad demandada, acto que no estaba obligado a expedirlo dentro de la audiencia de adjudicación conforme al pliego de condiciones de la licitación pública (...) es evidente para esta Subsección que el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación 001 de 2000 fue expedido por el gerente, como representante legal de la entidad, por lo que la alegada falta de competencia no se encuentra probada. (...). Si bien en términos generales, los actos viciados por desviación de poder se encaminan a buscar intereses particulares, es posible que este vicio se presente aun cuando exista un fin de interés general en aquellos, como en los eventos en los que se persigue una finalidad distinta a la asignada a la autoridad pública correspondiente, mediante los actos de creación o de organización. Así, la desviación de poder no solo se materializa cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia que expidió el acto, sino también en el caso en el que es posible

constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa.

**ACTO QUE DECLARA DESIERTA – Proceso licitatorio – No es arbitrio o discrecionalidad de la administración**

La Subsección ha sostenido que la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a motu proprio desierto un proceso de licitación, decisión que solo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicación es reglada, por tanto, los motivos por medio del cual declara desierto un proceso de selección de contratista debe estar fundamentado en causales objetivas. (...) La Subsección reitera que solamente se puede declarar desierto la licitación con fundamento en reglas que identifiquen factores objetivos de selección, sometidos en cada caso al análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo con las disposiciones del pliego de condiciones. Revisada la actuación y apreciadas en conjunto las pruebas allegadas regular y oportunamente, considera la Subsección que la pretendida causal de nulidad de desviación de poder, del acto por medio del cual se declaró desierto la licitación, no se encuentra probada en el proceso.

**COMITÉ DE EVALUACIÓN – Facultades – Evaluación del comité es recomendación – No es vinculante**

La entidad demandada, contrario a los sostenido por el recurrente, acogió la recomendación del comité de evaluación de declarar desierto la licitación, es menester de la Sala reiterar que el informe de evaluación no decide la adjudicación del contrato, ni confiere al calificado con mayor puntaje el derecho a exigirla, ya que dicha facultad, conforme con el artículo 26 de la ley 80 de 1993, le corresponde al jefe o representante de la entidad contratante

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00483-01(39023)**

**Actor: CONSORCIO ORIÓN ROMA**

**Demandado: LOTERÍA LA NUEVE MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Temas:** *Falsa motivación. Presupuestos para su configuración. Plazo de vigencia de la garantía de seriedad de la oferta. Objeto – Falta de competencia. Competencia*

*para proferir acto administrativo de declaración de desierta la licitación. – Desviación de poder. Presupuestos. Factores objetivos para declarar desierta la licitación. Recomendación de Comité de Evaluación.*

Decide la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la que se decidió:

**“PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO: LIQUÍDENSE** los gastos procesales realizados y si hubiere excedente a favor de las partes, devuélvanseles.

(...)”

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

El Consorcio Orión Roma, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda el quince (15) de diciembre de dos mil (2000)<sup>1</sup>, contra la lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., con el objeto que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

#### **“Primera Principal**

*Declare que son nulas las resoluciones 176 y 182 de octubre 5 y 13 de 2000, respectivamente emanadas de la gerencia general de la **LOTERÍA DE LA NUEVE MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA LTDA.** Los anteriores actos administrativos, me fueron comunicados mediante oficio LMN 200 de Noviembre (sic) 17 de 2000, oficio 1-3001, con la debida constancia del Sub gerente jurídico*

---

<sup>1</sup> Folios 3 a 23 del cuaderno de primera instancia.

que el acto quedó en firme el día 8 de noviembre a las 5:30 p.m. al expedir las copias auténticas.

### **Segunda Principal**

*Declare que la propuesta presentada por el **CONSORCIO ORIÓN ROMA** de condiciones civiles ya mencionadas, debió ser la adjudicataria de la licitación pública 001 – 00 cuyo objeto ya se ha mencionado y como consecuencia debió ser elegido como contratista concesionario del contrato derivado de la adjudicación en los términos señalados en el pliego de condiciones y considerados en la propuesta.*

### **Tercera Principal**

*Declare como consecuencia de los dos pronunciamientos precedentes, que la sociedad demandada **LOTERÍA DE LA NUEVE MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA LTDA.**, está condenada a indemnizar todo perjuicio y de manera integral al **Consortio ORIÓN ROMA** de condiciones ya expresadas en la demanda, con la correspondiente indexación y al pago de los intereses en la forma indicada en el Código Contencioso Administrativo a pagar a favor de la parte demandante, si incurriera la demandada en mora de pagar las condenas provenientes de la sentencia, intereses sobre la suma líquida consolidada por condenas en la sentencia así como consagra en el artículo 177 inciso final, durante los primeros seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, como comerciales, sobre el monto total de las declaraciones y transcurridos estas ya moratorios comerciales a la tasa máxima vigente, sine exceder el límite de usura.*

### **Cuarta Principal**

*Condene a la demandada a pagar a favor de la parte actora las costas y agencias en derecho (artículo 171 392 y 393 del C.P.C.)”.*

## **2. Hechos**

Los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

- 2.1.** La lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia, mediante Resolución 119 del 14 de julio de 2000, ordenó la apertura de la licitación pública 001-2000, para la concesión del juego de apuestas permanentes en el departamento de Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
- 2.2.** Se dispuso que el valor del pliego de condiciones era de tres millones de pesos (\$3.000.000), para un contrato de vigencia de tres (3) años, y prórroga hasta por el término de la mitad del contrato. Este gasto, fue repetido con la licitación 002-2000 para adquirir el nuevo pliego.
- 2.3.** Luego del pago del importe del pliego de condiciones, el consorcio demandante presentó oferta formal, al igual que el Consorcio Importaciones y Rifas La Fortuna e Iván de Jesús Gómez Díaz, Consorcio Nacional de Apuestas Conapuestas Mar Caribe Jorge Martínez y Apuestas Urival.
- 2.4.** Manifestó el actor que desde el momento de las evaluaciones de carácter jurídico, financiero y económico se evidenció el favoritismo de la entidad concedente por el Consorcio Nacional de Apuestas Conapuestas Mar Caribe Ltda. - Jorge Martínez, cuya propuesta no debió ser valorada en virtud de haber quedado incurso en causal de rechazo por incumplimiento de los requisitos mínimos del pliego.
- 2.5.** Dentro del período de observaciones y objeciones, el consorcio demandante, hizo las reclamaciones por la situación irregular que se presentaba, como quiera que al actor le fue restado y no computado en debida forma todos los guarismos y el cálculo del análisis financiero fue aplicado de manera diferente al Consorcio Nacional de Apuestas Conapuestas Mar Caribe Ltda. - Jorge Martínez, generándole ventaja frente al Consorcio Orión Roma.
- 2.6.** Con el ánimo de perjudicar al demandante, se le restó puntos y hubo una interpretación errónea del pliego, toda vez que se le tuvo en cuenta una sanción, cuando esta no se encontraba ejecutoriada al momento del cierre de la licitación, favoreciendo así al proponente Conapuestas.
- 2.7.** Las irregularidades fueron puestas en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, cuyos servidores estuvieron presentes el 5 de octubre de 2000, fecha prevista para la adjudicación del contrato de concesión, entidad que ordenó abrir investigación.

- 2.8. A la audiencia pública de adjudicación no compareció el Gerente General, de ello se dejó expresa constancia en el acta, contraviniendo lo señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.
- 2.9. Mediante la Resolución 176 del 5 de octubre de 2000, se declaró desierta la licitación 001-00, y se reconoció la objeción presentada por el consorcio demandante, respecto a que el proponente Conapuestas, quien obtuvo el mayor puntaje, no cumplía con lo establecido en el pliego de condiciones, por lo tanto, era procedente el rechazo de la propuesta, y se endilgó a la demandada, una interpretación malintencionada y de mala fe de los requisitos de los pliegos de condiciones, descalificando a todos los demás proponentes.
- 2.10. Resaltó que previo a la audiencia de adjudicación, la entidad convocante, encontró en su nivel directivo que la propuesta presentada por todos los proponentes satisfacía jurídicamente los requisitos del pliego de condiciones, denotando entonces, por lo anterior, un favoritismo marcado y notable, al no evaluar las demás propuestas, válidamente presentadas, y declarar desierta la licitación.

### **3. Actuación procesal**

- 3.1. La demanda fue admitida el veintiocho (28) de junio del año dos mil uno (2001), y así mismo se dispuso notificar personalmente al Gerente General de la lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., y al señor Agente del Ministerio Público, e igualmente se ordenó fijar el presente asunto en lista por el término de diez (10) días.
- 3.2. La parte actora, el primero (1) de julio de dos mil uno (2001), presentó reforma a la demanda, la cual fue admitida el dieciséis (16) de agosto de dos mil uno (2001)<sup>2</sup>.
- 3.3. El apoderado judicial de la parte demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de ausencia de causa para interponer la acción.<sup>3</sup>
- 3.4. El veintinueve (29) de noviembre de dos mil uno (2001)<sup>4</sup>, se abrió el presente asunto a pruebas.

---

<sup>2</sup> Folio 247 del cuaderno de primera instancia.

<sup>3</sup> Folios 256 a 260 del cuaderno de primera instancia.

<sup>4</sup> Folios 286 y 287 del cuaderno de primera instancia.

**3.5.** Por auto del tres (3) de agosto de dos mil seis (2006)<sup>5</sup>, se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para alegar de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las partes.

#### **4. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)<sup>6</sup>, negó las pretensiones de la demanda.

En primer término, el *a quo* abordó el tema de la falta de competencia para presidir la audiencia de adjudicación de la licitación 001-00, y señaló que de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el representante legal de la demandada debía participar en la audiencia pública de adjudicación, o en su defecto, delegar la facultad de adjudicar, como evidentemente sucedió en el presente asunto, mediante Resolución 120 del 14 de julio de 2000, en donde se delegó al Secretario General la competencia para dirigir la licitación pública 001-00 y evidenció que el acto por medio del cual se declaró desierta la licitación fue expedido por el Gerente y representante legal de la entidad, por tal motivo el cargo no se encontraba llamado a prosperar.

En segundo lugar, respecto a la falsa motivación alegada por el accionante, sostuvo que no se encontraba probada en el proceso, porque la motivación respecto del plazo aplicable a las garantías de seriedad de la propuesta no se fundó en un hecho falso o apreciado indebidamente, toda vez que en el pliego de condiciones, se señaló que la garantía de seriedad de la oferta tendría una vigencia de noventa (90) días contados a partir de la fecha de cierre de la licitación, entendiéndose como días hábiles, por lo que no se hizo expresa alusión a que serían calendarios como hizo ver el demandante.

En tercer lugar, el Tribunal no encontró que la motivación referida a las valoraciones del comité evaluador de las propuestas se haya acogido de manera subjetiva y errada al no considerar apta la propuesta de URIVAL, como afirmó el demandante, puesto que a dicha propuesta se le otorgó un concepto jurídico desfavorable.

---

<sup>5</sup> Folio 409 del cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Folios 440 a 452 del cuaderno principal.

Por último, referente a la desviación de poder, adujo que no existía prueba del favoritismo alegado en la demanda por el Consorcio Conapuestas, en vista que los documentos que se pretendían hacer valer fueron allegados en copia simple, y aun desvirtuándose la presunción de legalidad del acto que declaró desierta la licitación 01 de 2000, sus pretensiones tampoco podrían prosperar, toda vez que no se probó que la propuesta del demandante fuera la mejor.

## **5. El recurso de apelación y el trámite en segunda instancia**

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, solicitando su revocatoria.<sup>7</sup>

Consideró el recurrente que las pólizas de la oferta debieron ser prestadas en días hábiles, se hizo un favorecimiento al Consorcio Conapuestas, y cuyo fin era resucitar un segundo proceso licitatorio en donde el pliego de condiciones se ajustó a la medida de dicho proponente.

Resaltó que la entidad profirió varios actos sancionatorios con el único objeto de disminuir puntaje del consorcio demandante, quien al momento de la apertura de la licitación ejercía el monopolio rentístico de las apuestas permanentes, e igualmente, hizo ahínco en que la Resolución 176 de octubre 5, claramente se expidió por funcionario incompetente, y que a su parecer no fue estudiado en la sentencia de primera instancia.

Así mismo, aseguró que la sentencia recurrida desconoció las categóricas afirmaciones de José Alfredo Jiménez, en su calidad de declarante, el cual tramitó y conceptuó como director jurídico de la entidad, los pormenores de cada una de las inconsistencias, ilegalidades, excesos y parcialidad del gerente.

Reiteró que, de manera artificiosa y dolosa, se declaró desierta la licitación para habilitar en el segundo proceso a CONAPUESTAS hasta asegurarse de su triunfo tramposo y acomodado.

---

<sup>7</sup> Folios 454 a 463 del cuaderno principal.

Expuso que hubo una pérdida de oportunidad que afectó al demandante al privarle de continuar con el contrato de concesión de las apuestas permanentes en el territorio insular de San Andrés, siendo la más experimentada, por haber explotado durante varios años el negocio y con la tramposa adjudicación debió desmontar una empresa construida por más de diez años.

El recurso de apelación fue concedido el cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010)<sup>8</sup>, y fue admitido por esta Corporación el tres (3) de noviembre del mismo año.<sup>9</sup>

## **6. Los alegatos de conclusión en segunda instancia**

El veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diez (2010)<sup>10</sup>, se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para alegar de conclusión oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

Cumplidos con los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección a pronunciarse sobre el asunto de la referencia para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia; 2) acervo probatorio; 3) análisis del caso concreto; y 4) condena en costas.

### **1. Competencia**

La Subsección es competente para conocer el recurso de apelación formulado por la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de La ley 446 de 1998, el artículo 293 de la Ley 680 de 2001 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado, contra la sentencia proferida el veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en un proceso de controversias contractuales, con vocación de doble instancia.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Folio 465 del cuaderno principal.

<sup>9</sup> Folios 470 y 471 del cuaderno principal.

<sup>10</sup> Folio 473 del cuaderno principal.

<sup>11</sup> La pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda asciende a \$2.878.391.100.

## 2. Acervo probatorio

Del material probatorio allegado al presente proceso se destaca:

- Copia auténtica de la Resolución 120 del 14 de julio de 2000, *“Por medio de la cual se delega en el Secretario General la competencia para dirigir la Licitación Pública N° 001-00 Apuestas Permanentes, y se conforma el Comité de Evaluación de las propuestas.”*<sup>12</sup>
- Copia auténtica del pliego de condiciones número 02 de la licitación pública 001-00 apuestas, para la concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.<sup>13</sup>
- Copia auténtica del cronograma de actividades de la licitación pública 001-00 apuestas.<sup>14</sup>
- Copia auténtica del acta de aclaración de términos contenidos en el pliego de condiciones de la licitación 001 de 2000.<sup>15</sup>
- Solicitud de aclaración al pliego de condiciones del Consorcio Orión Roma.<sup>16</sup>
- Copia auténtica de la Resolución 140 del 14 de agosto de 2000, *“Por medio del cual se aclaran algunos términos del Pliego de Condiciones de Licitación Pública 001-00, para la adjudicación del contrato de Concesión para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.”*<sup>17</sup>
- Copia auténtica de la Resolución 145 del 18 de agosto de 2000, *“Por medio del cual se prorroga el plazo para efectuar el cierre y la adjudicación de la licitación N° 001-2000.”*<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> Folios 279 y 280 del cuaderno de primera instancia.

<sup>13</sup> Folios 449 a 511 del cuaderno 3.

<sup>14</sup> Folio 448 del cuaderno 3.

<sup>15</sup> Folios 516 a 516 del cuaderno 3.

<sup>16</sup> Folios 96 a 99 del cuaderno de primera instancia.

<sup>17</sup> Folios 518 a 522 del cuaderno 3.

<sup>18</sup> Folios 524 y 525 del cuaderno 3.

- Solicitud de suspensión de la licitación 002 de 2000, suscrita por el representante del Consorcio Orión Roma y presentada ante la Superintendencia Nacional de Salud.<sup>19</sup>
- Análisis y evaluaciones de las propuestas presentadas por los licitantes Consorcio Inversiones y Rifas La Fortuna Ltda., Consorcio Roma Orión, Apuestas Urival Ltda y Consorcio Nacional de Apuestas Consorcio CONAPUESTAS Mar Caribe Ltda Jorge Enrique Martínez Rodríguez.<sup>20</sup>
- Resolución 176 del 5 de octubre de 2000, que declaró desierta la licitación 001-00 y la Resolución 182 del 13 de octubre del mismo, que confirmó la anterior decisión.<sup>21</sup>
- Objeción presentada por el Consorcio Orión Roma a las calificaciones otorgadas por los comités de evaluación de las propuestas, con copia a la Superintendencia Nacional de Salud.<sup>22</sup>
- Resolución 170 del 27 de septiembre de 2000, *“Por medio de la cual se prorroga el plazo para la adjudicación de la Licitación Pública No. 001-2000 y para la firma del contrato”*.<sup>23</sup>
- Copia auténtica del oficio 2-4191 dirigido por el Comité de Evaluaciones al Gerente General de la Iotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., recomendando que la decisión sea la declaratoria de desierto el proceso licitatorio.<sup>24</sup>
- Propuesta presentada por el Consorcio Orión Roma Ltda.<sup>25</sup>
- Pliego de condiciones No. 2 de la licitación pública No. 002-00, para la concesión de la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.<sup>26</sup>
- Acta de aclaración de términos del pliego de condiciones de la licitación pública 002-2000.<sup>27</sup>

---

<sup>19</sup> Folios 100 a 103 del cuaderno de primera instancia.

<sup>20</sup> Folios 105 a 139 del cuaderno de primera instancia.

<sup>21</sup> Folios 142 a 152 del cuaderno de primera instancia.

<sup>22</sup> Folios 169 a 177 del cuaderno de primera instancia.

<sup>23</sup> Folios 182 y 183 del cuaderno de primera instancia.

<sup>24</sup> Folios 261 a 278 del cuaderno de primera instancia.

<sup>25</sup> Cuadernos 2 y 3.

<sup>26</sup> Folios 24 a 77 del cuaderno de primera instancia.

<sup>27</sup> Folios 78 a 89 del cuaderno de primera instancia.

- Certificado expedido por la lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., donde consta que las firmas Rifas Orión Ltda. y Rifas Roma Ltda. han sido concesionarios de apuestas permanentes para el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.<sup>28</sup>
- Testimonio del señor José Alfredo Jiménez López, quien se desempeñó como subgerente jurídico de la parte demandada:

*“PREGUNTADO: Observando el folio 139 el puntaje otorgado a cada proponente destaca que el consorcio San Nacional de apuestas presenta evaluación jurídica favorable y consolidado general de 950 puntos, díganos si recuerda que en virtud de la actividad de los proponentes en la formulación de las objeciones esta evaluación sufriera modificaciones? CONTESTO: Con posterioridad a la evaluación del comité y a las objeciones formuladas por los proponentes o participantes en la licitación referida el comité evaluador mediante estudio que se hiciera de las mismas con fundamento en las solicitudes presentadas remitió a la gerencia un (sic) documento en virtud del cual se efectuaban algunos ajustes entre otros el reconocimiento al consorcio ORIÓN ROMA de un puntaje superior al inicialmente otorgado en razón de no encontrarse ejecutoriada una resolución a través de la cual se le sancionaba a este proponente del mismo modo se hallaron inconsistencias en la propuesta CONAPUESTAS como eran entre otras el haber allegado un acta de aprobación de una (sic) directiva en la cual presuntamente había participado JORGE MARTÍNEZ pero que por información suministrada si mal no recuerdo de la oficina de migración de SAN ANDRÉS dicho señor no se había presentado en la isla para esa época. Como quiera que desde el punto de vista administrativo no había la competencia para sancionar esta conducta el comité sugirió a la gerencia adelantar las investigaciones de carácter penal a que hubiera lugar hecho del cual no se hizo caso pero se dejó (sic) la salvedad por parte del comité. (...) Como lo dije en el caso de la licitación 01 de 2000 uno de los aspectos que suscitaron las diferencias con la gerencia fue precisamente el hecho de reconocer con fundamento en las observaciones de los licitantes (sic) los puntos que inicialmente se le habían descontado a ORIÓN ROMA por no hallársele ejecutoriados los actos sancionatorios que daban lugar a la pérdida de puntos para aquel proponente que se encontraba inmerso en tal situación. Para la licitación 002 ya los actos se encontraban en firme (sic) y por ende al momento de calificar la propuesta presentada por ORIÓN ROMA en esta etapa fue objeto del descuento de los puntos*

---

<sup>28</sup> Folio 94 del cuaderno de primera instancia.

*que se trdujo (sic) en la no escogencia del mismo por no haber alcanzado el puntaje que le permitiera estar en primer lugar. (...)*<sup>29</sup>

### 3. Caso concreto

Previo a desatar el recurso de apelación formulado por la parte demandante, es menester mencionar que, la Subsección se circunscribirá a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados en el recurso de apelación, pues su competencia, según el artículo 328 del Código General del Proceso, se reduce a examinar dicho asunto, no siendo posible que aborde otros, so pena de violar el principio de la congruencia.<sup>30</sup>

En ese sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>31</sup>, estableció que la competencia del juez de la segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que exprese el recurrente en el escrito de apelación.

Por otra parte, contrario a lo sostenido por el *a quo*, la Sala valorará las copias simples conforme al precedente jurisprudencial de esta Subsección, que ha indicado que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

Así las cosas, al haber sido aportada la prueba documental junto con la demanda, es procedente su apreciación toda vez que ha obrado durante todo el curso del proceso, sin haber sido tachada de falsa por la entidad demandada ni haberse opuesto a la misma en las etapas procesales pertinentes.

Sobre la valoración de copias simples, se ha sentado:

*“En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente,*

---

<sup>29</sup> Folios 10 a 15 del cuaderno 4.

<sup>30</sup> “Artículo 328. **Competencia del superior.** 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. (...)”

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del nueve (09) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 50001233100019970609301 (21060). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

*la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.*

*Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.*

*El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.*

*En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).*

*Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.*

*De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que la Sección C de la Sección Tercera ha privilegiado en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena destacar.*

(...)

*En esa perspectiva, constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo.”<sup>32</sup>*

Así pues, procede la Subsección a desatar el primer cargo formulado por el recurrente, referente a la falsa motivación, al establecerse que las pólizas de seriedad de la oferta debieron ser prestadas en días hábiles, tesis que calificó como absurda.

La falsa motivación, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad.

De igual forma se ha manifestado que la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.<sup>33</sup>

Sobre la falsa motivación, esta Corporación ha considerado:

*“De manera generalizada se acepta que los motivos de un acto administrativo corresponden a los antecedentes de hecho y de derecho que conducen a la expedición del mismo, es decir, las circunstancias que llevan a la administración a expresar su voluntad en el sentido manifestado en el acto administrativo de que se*

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación: 05001233100019960065901. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del doce (12) de octubre de dos mil once (2011). Radicación: 68001233100020080006601(1982-10). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

*trate. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.”<sup>34</sup>*

En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

En el presente asunto, observa la Subsección que el pliego de condiciones en su literal j, numeral 1, del acápite 3<sup>35</sup>, se dispuso:

***“3. CALIDADES Y CONDICIONES EXIGIDAS PARA LICITAR PERSONAS NATURALES, JURÍDICAS, SOCIEDADES DE FIN ESPECÍFICO, CONSORCIO Y UNIONES TEMPORALES***

*Podrán participar en la presente licitación, las personas naturales, jurídicas, sociedades de fin específico, consorcios, uniones temporales, nacionales y extranjeras, quienes deberán reunir además de las condiciones y calidades previstas en la Ley 80 de 1993 para contratar, las siguientes: (...)*

*j. Otorgar garantía bancaria, o de compañía de seguros, legalmente constituida de seriedad de la oferta en los términos y condiciones estipulados en el capítulo 4.1. numeral 5 de este pliego.”*

Por su parte, el mencionado capítulo 4.1. numeral 5, señala:

**“4. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA**

**4.1. PERSONAS NATURALES**

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005). Radicación: 52001233100020030180601(3644). Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

<sup>35</sup> Folio 468 del cuaderno 3.

(...)

5. *Original de la garantía bancaria, o de compañía de seguros, de seriedad de la oferta a favor de la LOTERÍA, por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la propuesta, vigente durante noventa (90) días contados a partir de la fecha de cierre de esta licitación.*

*Cuando la propuesta sea presentada en consorcio o en unión temporal la garantía deberá tomarse por quienes las conforman. Esta garantía asegura, entre otros, el sostenimiento de la propuesta, sin modificaciones de ninguna clase durante su periodo de validez, la firma del contrato en el término estipulado en este pliego de condiciones, la constitución de la garantía exigida por la entidad concedente, el pago de los impuestos correspondientes, la publicación en el diario oficial y la realización de los actos necesarios para el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato después de su firma. (...)*

En el sentir del recurrente, los noventa (90) días de vigencia mencionados en el pliego de condiciones, debieron correr calendarios y no hábiles.

Al respecto, considera la Sala que tal afirmación no tiene respaldo jurídico legal alguno, ya que de conformidad con lo dispuesto a la Ley 4 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario, y precisamente, a la conclusión que llegó la entidad demandada en el acto administrativo que declaró desierta la licitación 001-2000, de la siguiente forma:

*“En este sentido es claro que según lo previsto en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, que dispone que “en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario...”. Por tanto, las pólizas de seriedad de los proponentes debían cumplir con una doble condición, la primera, que tuvieran un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la propuesta, y la segunda, su vigencia por noventa (90) días desde la fecha del cierre de la licitación, es decir hasta el 10 de enero de 2001.*

*En estas circunstancias, se observa que las pólizas expedidas a los proponentes y aportadas por sus ofertas no cubren la totalidad del término de vigencia exigido y por tanto se debe proceder a rechazar las ofertas por incurrir en la causal descrita como garantías suficientes del punto 4.6 del pliego de condiciones”.*

Por lo anterior, no se encuentra configurada la existencia de falsa motivación, pues es claro para la Sala que el término de noventa (90) días, señalado en el pliego de condiciones, se entienden como días hábiles, al no encontrarse determinado dentro del mismo lo contrario.

Es menester de la Subsección, señalar que la póliza de garantía de seriedad de la oferta tiene por objeto que se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma, por ende, para participar en los procesos de contratación con el Estado, es necesario que la propuesta esté acompañada de la póliza que garantiza la seriedad de esa intención contractual, sin perjuicio de que dicha póliza solo pueda hacerse efectiva al momento de requerir al adjudicatario para que suscriba el contrato y éste no cumpla.

Sobre la garantía de la seriedad de la oferta, la jurisprudencia constitucional consideró:

*“Desde esta perspectiva, puede asegurarse que, de manera general, y como lo ha manifestado la Corte en anterior oportunidad, las garantías establecidas en el régimen de contratación estatal, se fundan en “el deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público”.*

(...)

*Adicionalmente, la exigencia de que los participantes en las licitaciones o concursos de méritos constituyan una garantía de seriedad de sus ofertas permite que, a tales procesos de selección, sólo se presenten aquellas personas con la capacidad técnica y financiera suficiente como para llevar a buen término la ejecución del contrato de que se trate en caso de que éste les sea adjudicado.”<sup>36</sup>*

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-452 de 1999.

Se itera, que la mencionada garantía le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza de que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio propenderá y garantizará el cabal desarrollo del objeto del negocio jurídico, por tal motivo, se trata de un aspecto esencial y no meramente formal dentro del trámite de la licitación.

Seguidamente, procederá la Subsección a abordar el vicio de falta de competencia alegado por el recurrente en la alzada.

En primera medida, es menester de la Sala reiterar lo sostenido por la Sala Plena de esta Sección, en el sentido de considerar que *“la falta de competencia constituye el más grave de los vicios que puede afectar la validez de un acto y, por tal razón, puede ser declarado de oficio, tal y como lo ha dispuesto la Sala (...)”*<sup>37</sup>

Mencionó el apelante, que quien debía presidir los actos contractuales no se hizo presente, es decir que la declaratoria de desierta de la licitación, mediante Resolución 176, se expidió por funcionario incompetente.

Sobre el particular, la Ley 80 de 1993 dispone:

**“Artículo 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)**

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del doce (12) de julio de dos mil doce (2012). Radicación: 85001233100019950017401(15024). Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. n.º 10.196, C.P. Ricardo Hoyos. En otros pronunciamientos la Sala ha declarado la nulidad por falta de competencia de los actos administrativos expedidos en desarrollo de un contrato estatal, aun cuando no haya sido pedido en la demanda. Así, en sentencia del 15 de abril de 2010, exp. n.º 18.292, C.P. Mauricio Fajardo, se indicó: *“Toda vez que la parte actora solicitó, entre otras, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública demandada liquidó unilateralmente el contrato, para la Sala resulta importante examinar el tema relacionado con la competencia ratio temporis de la entidad para el ejercicio de esta potestad. Lo anterior en razón a que: primero, la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas que regulan y atribuyen competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad”*.

**10.** *En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.*

*De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido. (...)*”

De acuerdo con la anterior norma, el representante legal de la entidad o la persona que de acuerdo con la ley y las facultades estatutarias sea delegada la facultad para adjudicar el contrato, deberán estar presentes en la vista pública.

Revisada la actuación, la parte demandada afirmó en la contestación de la demanda que el Gerente de la entidad no asistió a la audiencia de adjudicación, no obstante, mediante Resolución 120 del 14 de julio de 2000, este delegó en el Secretario General, la competencia para dirigir la licitación No. 001-00, de acuerdo con las facultades estatutarias<sup>38</sup>.

La anterior delegación, se realizó desde la apertura de la licitación y hasta la publicación de los informes de evaluación de las propuestas, lo que conforme al cronograma de actividades transcurrió hasta la etapa previa a la adjudicación de la licitación.<sup>39</sup>

Aunado a lo anterior, como bien adujo el *a quo*, quien suscribió el acto administrativo del 5 de octubre de 2000, mediante el cual se declaró desierta la licitación, fue el gerente de la entidad demandada, acto que no estaba obligado a expedirlo dentro de la audiencia de adjudicación conforme al pliego de condiciones de la licitación pública de la siguiente manera:

### **“6.3. Declaratoria de desierta de la adjudicación**

---

<sup>38</sup> Folios 160 a 162 del cuaderno de primera instancia.

<sup>39</sup> Folio 448 del cuaderno 3.

*Cuando no se presenten propuestas alguna (sic) o cuando existan motivos o causas que impidan la escogencia objetiva. La Lotería declarará desierta la licitación mediante acto administrativo en el que señalará en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”.<sup>40</sup>*

Por lo anterior, es evidente para esta Subsección que el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación 001 de 2000 fue expedido por el gerente, como representante legal de la entidad, por lo que la alegada falta de competencia no se encuentra probada.

Ahora bien, sostuvo el recurrente que la entidad demandada actuó con desviación de poder, consistente en el favorecimiento y adjudicación de la licitación del contrato de concesión al Consorcio Conapuestas Mar Caribe Ltda., al apartarse de las evaluaciones realizadas en el proceso licitatorio, así como también, la expedición de multas y sanciones con el objeto de bajar puntaje al consorcio demandante y declarar desierta la licitación, y habilitar a Conapuestas en el segundo proceso licitatorio.

La desviación de poder es una de las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas de manera expresa en la ley, y se concreta, en términos generales, cuando se produce el ejercicio de las potestades conferidas para emitir un acto administrativo, con fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico.

Si bien en términos generales, los actos viciados por desviación de poder se encaminan a buscar intereses particulares, es posible que este vicio se presente aun cuando exista un fin de interés general en aquellos, como en los eventos en los que se persigue una finalidad distinta a la asignada a la autoridad pública correspondiente, mediante los actos de creación o de organización.<sup>41</sup>

Así, la desviación de poder no solo se materializa cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia que expidió el acto, sino también en el caso en el que es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente

---

<sup>40</sup> Folio 486 del cuaderno 3.

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del quince (15) de octubre de dos mil quince (2015). Radicación: 11001032800020140013900. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro (E).

perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa.

La Subsección ha sostenido que la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a *motu proprio* desierto un proceso de licitación, decisión que solo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicación es reglada, por tanto, los motivos por medio del cual declara desierta un proceso de selección de contratista debe estar fundamentado en causales objetivas.

Sobre la desviación de poder en materia contractual, esta Corporación consideró:

*“La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia, esta finalidad que no es otra que la búsqueda del beneficio común, satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan -artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3º del CCA.- .La doctrina también ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho.”<sup>42</sup>*

Luego entonces, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012). Radicación: 52001233100019970871501(21023). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto.<sup>43</sup>

En materia contractual, la causal en la cual se apoya la declaratoria de desierta de una licitación pública debe estar prevista en el pliego de condiciones, fundada en factores de escogencia objetivos, los cuales en la Ley 80 son únicamente los enmarcados dentro de los siguientes criterios definidos en dicha ley: experiencia, organización, equipos, plazo y precio, aplicados de acuerdo con la ponderación precisa contenida en los pliegos, de manera que, según se concluye de la normativa de la Ley 80, la causal para declarar desierta la licitación solo se puede constituir basada en los referidos criterios objetivos.

Por ende, el acto de declaratoria de desierta la licitación pública se debe apoyar en el supuesto de que ninguna oferta cumple con los criterios de favorabilidad objetivamente señalados en el pliego de condiciones.

Respecto de las causales para declarar desierta la licitación pública, se desprende que la ley exigió su configuración predefinida en el pliego de condiciones de manera excepcional, toda vez que la finalidad de las reglas del pliego de condiciones es la adjudicación del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, los criterios establecidos se deben orientar a *“la escogencia objetiva y a evitar la declaratoria de desierta de la convocatoria, según establece el artículo 24 de la ley 80 de 1993, medida en la cual de conformidad con las letras d) y e) de la citada disposición se puntualiza que las reglas de adjudicación deben ser posibles de cumplir, no inducir a error de los proponentes – en lo cual coincide con la exigencia de claridad de la regla- y se proscriben las reglas que dependan de la exclusiva voluntad de la entidad”*.<sup>44</sup>

La Subsección reitera que solamente se puede declarar desierta la licitación con fundamento en reglas que identifiquen factores objetivos de selección, sometidos

---

<sup>43</sup> Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011). Radicación: 63001233100019980075201(18118). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del primero (1º) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000232600020050021401 (34778). Consejero Ponente (E).: Hernán Andrade Rincón.

en cada caso al análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo con las disposiciones del pliego de condiciones.

Revisada la actuación y apreciadas en conjunto las pruebas allegadas regular y oportunamente, considera la Subsección que la pretendida causal de nulidad de desviación de poder, del acto por medio del cual se declaró desierta la licitación, no se encuentra probada en el proceso.

En efecto, manifestó el recurrente que la entidad se apartó de los informes del Comité de Evaluación y declaró desierta la licitación con el fin de favorecer en un segundo proceso licitatorio al Consorcio Conapuestas, aseveración que queda desvirtuada con el oficio 2-4191, dirigido por el Comité de Evaluación al Gerente General de la lotería La Nueva Millonaria de la Nueva Colombia, en donde claramente se recomendó: *“Atendiendo las anteriores consideraciones y con el propósito de alcanzar los fines trazados por la entidad en esta materia, que se traducen necesariamente en la selección del mejor contratistas que asegure no solamente el cumplimiento del contrato, sino la consecución, manejo y administración de los recursos destinados al sector de la salud y ante las graves falencias de las propuestas, **considera prudente el comité de evaluaciones recomendar que la decisión a tomar sea la declaratoria de desierta de la licitación**, con fundamento en los argumentos esgrimidos en la parte motiva de este informe, (...).”*<sup>45</sup> (Negritas y subrayado fuera del texto)

Así pues, la entidad demandada acogió la recomendación realizada por el comité de evaluación y declaró desierta la licitación, y se pone de presente, que uno de los aspectos por el cual el comité realizó la mencionada recomendación, fue precisamente el término de la vigencia de la póliza, de la siguiente forma:

*“En estas circunstancias, se observa que **las pólizas expedidas a los proponentes y aportadas en sus ofertas no cubren la totalidad del término de vigencia exigido y la que mayor cobertura tiene corresponde al Consorcio Nacional de Apuestas cuyo plazo expira el 23 de diciembre de 2.000**. Las de los Consorcios Importaciones y Rifas la Fortuna e Iván de Jesús Gómez Díaz y Rifas Roma – Rifas Orión, tienen vigencia hasta el 27 de noviembre de 2.000 y la presentada por Apuestas Urival expira el 26 de noviembre de 2.000”.*<sup>46</sup> (Negritas y subrayado fuera del texto)

---

<sup>45</sup> Folio 247 del cuaderno de primera instancia.

<sup>46</sup> Folios 275 y 276 del cuaderno de primera instancia.

Observa la Sala con extrañeza que el señor José Alfredo Jiménez López, miembro del comité de evaluación, en el testimonio rendido en el plenario manifestó que, “*en cuanto a los actos de la época estos fueron motivo de controversia no solamente interna sino externa que como dije se apartó de los lineamientos trazados (sic) por el comité decidiendo de manera autónoma declarar desierta la licitación no atendiendo lo que en su oportunidad se manifestó por los integrantes del comité*”.<sup>47</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto); cuando precisamente hizo parte del comité y suscribió la recomendación presentada, sin observación individual alguna, a la gerencia general de declarar desierta la licitación.

Si bien, en el presente asunto, la entidad demandada, contrario a los sostenido por el recurrente, acogió la recomendación del comité de evaluación de declarar desierta la licitación, es menester de la Sala reiterar que el informe de evaluación no decide la adjudicación del contrato, ni confiere al calificado con mayor puntaje el derecho a exigirla, ya que dicha facultad, conforme con el artículo 26 de la ley 80 de 1993, le corresponde al jefe o representante de la entidad contratante.

Así lo consideró esta Subsección, de la siguiente forma:

*“Como se mencionó ad supra, la actividad de evaluación es actuación reglada en la cual las recomendaciones del comité deben basarse en los criterios o parámetros previamente definidos por la administración como las bases de la licitación. Por consiguiente, el informe de evaluación de las ofertas debe ser motivado con el fin de garantizar el principio de transparencia y de publicidad de la actividad precontractual, como así lo establece el artículo 24 numeral 7 de la ley 80 de 1993.*

*Se reitera que el informe de evaluación de las propuestas no es obligatorio para el jefe o representante legal de la entidad a quien le compete realizar la adjudicación, ya que éste puede apartarse del mismo, en vista de que la elección de la oferta más ventajosa debe ser efectuada por el órgano competente.*

*Es claro que la calificación de los proponentes debe realizarse de acuerdo a los criterios objetivos señalados en el pliego de condiciones y dichas calificaciones*

---

<sup>47</sup> Folio 13 del cuaderno 4.

*constituyen sugerencias para la entidad contratante, por tanto, dichos informes no revisten las características de ser intocables, incuestionables e inapelables”.*<sup>48</sup>

Por otra parte, si bien es cierto, en el plenario se pudo determinar que el consorcio demandante presentó dos sanciones pecuniarias, la primera por Resolución 072 de abril 25 de 1997, la cual se encontraba ejecutoriada, y la segunda mediante Resolución 159 del 11 de septiembre de 2000<sup>49</sup>, la cual quedó ejecutoriada con posterioridad al cierre de la licitación, lo cierto es que la declaratoria de desierta de la licitación se produjo como consecuencia de la falta de cubrimiento de la totalidad del término de vigencia exigido en el pliego de condiciones, por lo que no observa la Subsección el presunto favorecimiento de la entidad hacia determinado proponente, *a contrario sensu*, la entidad, de manera objetiva, tomó la decisión de declarar desierta la licitación por un requisito, que como se mencionó *ut supra*, no se constituye como una exigencia de manera formal sino que le permite a la entidad contratante obtener un grado de certeza de que la propuesta que sea escogida en el proceso licitatorio propenderá y garantizará el cabal desarrollo del objeto del negocio jurídico.

Por los anteriores asertos, se procederá a confirmar la sentencia proferida el veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009).

#### **4. Costas**

Como quiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de la parte, la Subsección se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

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

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación: 25000232600019990248001 (28040). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz.

<sup>49</sup> Folio 111 del cuaderno de primera instancia.

**PRIMERO. Confirmar** la sentencia proferida el veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por las razones expuestas en la presente sentencia.

**SEGUNDO.** Sin costas.

**TERCERO.** En firme esta providencia, **envíese** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las notaciones de rigor.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente de la Sala

**GUILLERMOS SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
Magistrada Ponente