

RENUNCIA TÁCITA A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA – Posición del Consejo de Estado – Aceptación de renuncia tácita – Sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013 – Derogatoria de la cláusula compromisoria exige constancia por escrito – Derecho a la administración de justicia – Aplicación de regla jurisprudencial en asuntos anteriores a la sentencia de unificación

Cabe anotar que en la cláusula vigesimocuarta del contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004, que dio lugar a la expedición de los actos acusados y frente al cual se solicita su liquidación, las partes acordaron pacto arbitral. Sin embargo, lo cierto es que Intralot formuló su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Etesa compareció al proceso y no propuso la excepción de falta de jurisdicción.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en un primer momento, aceptó la posibilidad de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando una de ellas instauraba demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no proponía la excepción de falta de jurisdicción o de existencia de pacto arbitral. Posteriormente, la Sala Plena de esta Sección en sentencia del 18 de abril de 2013 unificó la jurisprudencia y señaló que la derogatoria de la cláusula compromisoria exige un pacto revestido de las mismas formalidades empleadas para su nacimiento, con lo cual concluyó que se requería que constara por escrito.

En el caso sub examine, la Sala observa que la demanda se presentó el 14 de junio de 2011, fecha para la cual la jurisprudencia consolidada se inclinaba por la posibilidad de la renuncia tácita al pacto arbitral, criterio que solo vino a ser cambiado en la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013, para exigir la renuncia expresa mediante escrito.

Ahora bien, aunque la variación de jurisprudencia por regla general tiene efectos sobre todos los casos a los que se aplica, no se puede desconocer que un nuevo criterio, aplicado a las demandas interpuestas con anterioridad, puede entrañar una afectación al derecho de acceso a la justicia. Por tal razón para las demandas presentadas con anterioridad a la sentencia de unificación referida, la jurisprudencia de esta Subsección en reiteradas oportunidades ha considerado pertinente aplicar la regla de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria cuando las partes acuden a la jurisdicción contenciosa, con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia.

Así las cosas, como al momento de la presentación de la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria, dicha tesis se aplicará a este asunto y, por ello, se conocerá de la controversia sometida a decisión no obstante la cláusula compromisoria pactada por las partes en el contrato sub judice.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Plazo para la liquidación – Cómputo del término de caducidad de la acción de controversias contractuales – Término de caducidad – Liquidación judicial del contrato – Acta de liquidación bilateral del contrato – Liquidación unilateral del contrato

El artículo 136, numeral 10, del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece varios supuestos para la determinación del momento a partir del cual

debe computarse el término de caducidad de 2 años de la acción de controversias contractuales. De forma general dispone que el término "se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento" y enseguida establece una serie de supuestos aplicables a los contratos según estos sean de ejecución instantánea o requieran o no liquidación.

Respecto de los contratos que por su naturaleza o por disposición legal o contractual requieran liquidación y esta no sea efectuada ni bilateral ni unilateralmente por la Administración, "el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar".

En el presente asunto, la parte demandante pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contrato de concesión, la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la garantía bancaria, y solicita, además, que se liquide judicialmente el contrato. En este orden, la Sala considera que el término de caducidad de las pretensiones debe contarse de forma independiente, porque la pretensión de nulidad de los actos contractuales se puede resolver de forma autónoma y sin necesidad de acudir o de esperar a la liquidación del contrato.

En virtud de lo anterior, en relación con las pretensiones de nulidad de los actos contractuales, el término de caducidad de la acción de controversias contractuales comenzó a correr a partir del día siguiente al de la notificación de la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010, mediante la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, por ser este el momento de ocurrencia de los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la pretensión. La notificación de dicho acto administrativo se surtió el 2 de septiembre de 2010, por lo cual el término de caducidad de la acción corrió entre el 3 de septiembre de 2010 y el 3 de septiembre de 2012, de lo cual se colige que la demanda radicada el 14 de junio de 2011 se presentó en término, aún sin tener en cuenta la suspensión con ocasión de la solicitud de conciliación extrajudicial que se surtió ante la Procuraduría Primera Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá.

En relación con la pretensión de liquidación judicial del contrato, es menester señalar que al tenor de lo establecido en la cláusula segunda su plazo de ejecución fue de 60 meses contados a partir del día siguiente al vencimiento de la culminación de la fase preoperativa, la cual no podía exceder de 194 días. En tal sentido, según lo acreditado en el proceso, particularmente en las consideraciones expuestas en la Resolución No. 0922 del 12 de agosto de 2010, el plazo de ejecución del contrato finiquitó el 15 de junio 2010.

(...) [E]n la cláusula trigésima primera del contrato las partes acordaron su liquidación bilateral dentro de los 4 meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución y estipularon que, en caso de no llegar a un acuerdo en tal sentido, Etesa estaría facultada para liquidar unilateralmente el contrato en los términos establecidos en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, es decir, dentro del término de 2 meses siguientes al plazo convencional. A este respecto, cabe señalar que en el proceso no se encuentra acreditado que las partes hubiesen liquidado bilateralmente el contrato o que Etesa hubiera procedido en tal sentido de forma unilateral.

Así las cosas, la Sala estima que el derecho de accionar -que transcurrió entre el 18 de diciembre de 2010 y el 18 de diciembre de 2012- se ejerció en tiempo, porque la demanda se radicó dentro del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para liquidar el contrato -14 de junio de 2011-.

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN – Ley 643 de 2001
artículo 7 – Monopolio rentístico de juegos de suerte y azar – Ley 80 de 1993 artículo 32 numeral 4 – Contrato de concesión – Alcance – Autonomía de la voluntad**

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 643 de 2001 “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, la operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en los términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la ley. El término de dichos contratos no puede ser inferior a 3 años ni exceder de 5.

[...] teniendo en cuenta que el contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004 fue suscrito por Etesa e Intralot con el objeto de entregar en concesión [...] se colige que el régimen aplicable al negocio jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993, en armonía con las previsiones particulares de la Ley 643 de 2001, y sin perjuicio de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 ibídem, estatuto vigente al tiempo de su celebración [...]

Cabe añadir que el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión como aquel que “celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

De igual manera, en cuanto a su contenido, es de resaltar que el estatuto general de contratación de la administración pública establece que las estipulaciones contractuales han de ajustarse a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del negocio jurídico de que se trate, pudiendo las partes acordar libremente, en el marco de su autonomía de la voluntad, las cláusulas que consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento jurídico.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 80 de 1993 artículo 60 – Liquidación del contrato – Alcance

Sobre la liquidación de los contratos estatales, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 estipuló que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. A su

vez, el artículo 87 del CCA dispuso que, dentro de las pretensiones de la acción de controversias contractuales, es posible solicitar que se hagan declaraciones y condenas, entre ellas, que se solicite la liquidación judicial del contrato. A este respecto, cabe señalar que el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, preveía que, en caso de que las partes no liquidaran el contrato bilateralmente, ni la Administración lo hiciera unilateralmente, “el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial”, de lo cual se desprende que al vencimiento del término para liquidar bilateral y unilateralmente el contrato, -cualquiera de los interesados- podía acudir ante el juez del contrato para solicitar el cruce final de cuentas por la vía judicial.

En virtud de los mandatos anteriores, esta Corporación ha considerado que liquidar un contrato consiste en determinar el valor de sus acreencias y deudas insatisfechas, con el fin de establecer si existen valores pendientes de percibir o de asumir por los sujetos negociales y que, como es natural, solo procede una vez fenecido el plazo negocial, pues solo hasta ese momento es posible determinar los remanentes del acuerdo de voluntades. En suma, la liquidación del contrato tiene por finalidad conocer en qué estado quedó la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, establecer el resultado final del contrato y determinar el balance económico de la relación contractual, definiendo quién le debe a quién y cuánto.

[...] no le asiste razón a la parte recurrente. En efecto, en el marco de la liquidación judicial de un contrato estatal, como la adelantada por el tribunal, lo que corresponde es efectuar un cruce definitivo de cuentas a fin de determinar si subsisten saldos a favor de alguna de las partes. Al haber establecido el tribunal que existían saldos pendientes de pago por parte de Intralot a favor de Etesa por valor total de \$26.039.798.676,22, -circunstancia que, por demás, no fue objeto de reparo en el recurso de apelación-, lo procedente, sin lugar a duda, era imputar la suma de \$7.694.081.042 al cruce final de cuentas, con el fin de descontarla del saldo definitivo de la operación como en efecto ocurrió, de ahí que no existiera saldo alguno que pudiera ser “reintegrado” a Intralot, como lo pretende el recurrente.

[...] resulta claro que a efectos de realizar el cruce final de cuentas el tribunal procedió como correspondía, dado que, no solamente tuvo en cuenta que el Banco de Bogotá consignó la suma de \$7.694.081.042 con ocasión de la efectividad de la garantía bancaria por él otorgada, sino que, además, imputó o descontó esta suma del valor total adeudado por Intralot.

JUSTICIA ROGADA – Deber del demandante invocar con precisión las pretensiones en la demanda

Ahora bien, si lo que la parte actora pretendía -independientemente de si se encontraba o no legitimada para ello- era que, con ocasión de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuestionados se ordenara, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro de alguna suma de dinero, así debió solicitarlo expresamente en su demanda; sin embargo, ninguna pretensión en este sentido fue formulada en el líbello introductorio, por lo cual, a juicio de la Sala, no había lugar a que el tribunal siquiera entrara a emitir un pronunciamiento sobre este particular.

[...] la jurisdicción de lo contencioso administrativo se caracteriza por ser una justicia rogada, de ahí que les asiste el deber a las partes de invocar con precisión lo que pretenden en la demanda, de lo contrario, el juez no podrá pronunciarse. Emitir un

pronunciamiento en el que se evalúen aspectos que no fueron solicitados, como lo pretende la parte actora en su recurso de apelación, conllevaría a desconocer el principio de congruencia.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - CCA
Radicación: 25000-23-26-000-2011-00580-01 (66664)
Demandante: INTRALOT DE COLOMBIA
Demandado: EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD -ETESA-
(LIQUIDADA)

TEMAS: LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO - Procede ante la ausencia de liquidación bilateral y unilateral y siempre que sea pedido en la demanda - Consiste en la determinación de las acreencias y deudas pendientes, una vez finalizado el acuerdo de voluntades - RENUNCIA TÁCITA A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA - Opera cuando se instaura demanda ante la jurisdicción y no se exceptiona falta de jurisdicción. COMPETENCIA DEL JUEZ EN SEGUNDA INSTANCIA - Se circunscribe a los temas apelados.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de septiembre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y liquidar judicialmente el contrato con un saldo a favor de la parte demandada.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Intralot de Colombia *-en lo sucesivo Intralot-* y la Empresa Territorial para la Salud *-en adelante Etesa o el concesionario-*, suscribieron el contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004, con el objeto de entregar la operación con exclusividad de las apuestas que se sustenten en los resultados de partidos, torneos o campeonatos de fútbol celebrados a nivel local, departamental, regional, nacional, internacional, o cualquier ámbito o motivo de realización sea este nacional o foráneo, mediante los diferentes tipos de apuestas. El plazo de ejecución del contrato fue de 60 meses contados a partir del vencimiento del término de preoperatividad.



Por medio de la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, confirmada, aclarada y modificada mediante las Resoluciones Nos. 0922¹ del 12 de agosto de 2010, 097² del 17 de agosto de 2010 y 1011³ del 1º de septiembre de 2010, Etesa resolvió: (i) declarar que el concesionario incumplió el contrato de concesión respecto de la obligación de pago de los derechos de explotación y gastos de administración; (ii) exigir al concesionario el cumplimiento de la obligación de pago de los derechos de explotación y gastos de administración durante el periodo correspondiente a julio de 2009 a junio de 2010 por valor de \$34.496.696.045,01; (iii) declarar ocurrido el siniestro respecto del amparo de cumplimiento; y (iv) hacer efectiva la garantía bancaria otorgada por el Banco de Bogotá por un valor de \$7.694.081.042.

En su demanda, Intralot solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 y de la que resolvió el recurso de reposición por ella interpuesto contra dicho acto, esto es, de la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010. Además, pretende que se liquide judicialmente el contrato de concesión y que se condene en costas a Etesa.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 14 de junio de 2011⁴ Intralot, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda en contra de Etesa, en la que formuló las siguientes pretensiones (se transcriben de forma textual, incluso con eventuales errores):

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 0574 del 11 de junio de 2010 y No. 1011 del 1 de septiembre de 2010, proferidas por el Liquidador de la Empresa Territorial para la Salud -Etesa en Liquidación, expedidas en desarrollo del contrato de concesión identificado con el número 0001 de 2004.

SEGUNDA.- Que se ordene la liquidación del contrato de concesión identificado con el número 0001 de 2004.

TERCERA.- Que la Empresa Territorial para la Salud – Etesa en Liquidación debe pagar las costas y gastos del proceso.

¹ Mediante la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por el Banco de Bogotá

² Mediante la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por el Bando Davivienda

³ Mediante la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por Intralot.

⁴ Fl. 2 a 30 C. 1.



1.2. Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la parte demandante enunció los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.2.1. Indicó que Etesa dio apertura a la licitación pública No. 001 de 2003, para contratar la operación exclusiva de apuestas sustentadas en los resultados de los partidos de fútbol a nivel local, nacional o internacional, a través de un contrato de concesión.

1.2.2. Señaló que, mediante la Resolución No. 0116 del 22 de junio de 2004, Etesa adjudicó el proceso licitatorio a Intralot, con quien, posteriormente, el 22 de julio de 2004 suscribió el contrato de concesión No. 0001 de 2004, cuyo objeto consistió en otorgar *“la operación con exclusividad de las apuestas que se sustenten en los resultados de partidos, torneos o campeonatos de fútbol celebrados a nivel local, departamental, regional, nacional, internacional, o cualquier ámbito o motivo de realización sea este nacional o foráneo, mediante los diferentes tipos de apuestas, entendidos por estos los mutuales, paramutuales, de dividendos fijos o variables, o cualquier otro compatible con la realización de eventos futboleros, que deben operar EL CONCESIONARIO por su propia cuenta y riesgo, dentro de todo el territorio nacional, a cambio de unos DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y GASTOS ADMINISTRATIVOS que cancelará a la EMPRESA TERRITORIAL PAARA LA SALUD -ETESA”*.

1.2.3. Afirmó que el plazo de ejecución del contrato fue de 60 meses contados a partir de la finalización de la etapa de preoperatividad, de ahí que su término haya transcurrido entre el 15 de junio de 2005 y el 15 de junio de 2010. Además, puso de presente que en la cláusula sexta del contrato, concerniente al pago, las partes estipularon lo que el concesionario debería pagar por derechos de explotación y por gastos de administración.

1.2.4. Refirió que el 4 de julio de 2008, Intralot convocó a Etesa a un Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias suscitadas con ocasión de la ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión No. 0001 de 2004, trámite dentro del cual esta última formuló demanda de reconvención en la que solicitó declarar que Intralot incumplió el contrato frente, entre otros, al pago de los derechos de explotación y los gastos de administración.

1.2.5. Puso de presente que mediante laudo arbitral del 1º de marzo de 2010, el Tribunal de Arbitramento que se conformó para dirimir la controversia entre las



partes declaró que Intralot incumplió el contrato de concesión respecto del pago de los derechos de explotación y los gastos de administración, condenándola a pagar a favor de Etesa la suma de \$22.235.961.126, correspondiente al periodo comprendido entre julio de 2008 hasta mayo de 2009.

1.2.6. Añadió que Etesa, en la oportunidad procesal pertinente, formuló ante el Consejo de Estado recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 1º de marzo de 2010, recurso que a la postre fue declarado infundado.

1.2.7. Manifestó que no obstante lo anterior y sin agotar el debido proceso, Etesa, a través de su agente liquidador, mediante la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, confirmada por medio de la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010, declaró que Intralot incumplió la obligación de pago de los derechos de explotación y de los gastos de administración, ordenándole, en consecuencia, a pagar la suma \$34.496.696.045,01 del periodo comprendido entre *“julio de 2009 hasta junio de 2010”*, lapso de tiempo que resulta ser diferente al que fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral.

1.2.8. Recalcó que el contrato terminó el 15 de junio de 2010 por vencimiento de su plazo, no obstante lo cual Etesa no realizó las gestiones pertinentes para su liquidación.

1.3. Como **fundamento jurídico** de la demanda, la parte demandante manifestó que los actos acusados fueron proferidos con falsa motivación y con infracción de la ley -debido proceso-.

1.3.1. Frente a la falsa motivación, indicó que los actos administrativos demandados controvierten lo dispuesto en el laudo arbitral del 1 de marzo de 2010, porque en la decisión arbitral se concluyó que Intralot cumplió la obligación de pago de los derechos de explotación y de los gastos de administración hasta junio de 2008, pero en los actos se afirmó que el concesionario incumplió con el pago durante los meses de marzo, abril y mayo de 2008.

Igualmente, en un capítulo que denominó *“cobro en exceso”*, refirió que el Banco de Bogotá giró a Etesa la suma de \$7.694.081.042 por concepto de la garantía de la garantía bancaria, sin que en la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010 se hubiera imputado dicho valor a su favor. En tal sentido, concluyó que *“ETESA está cobrando mucho más de lo debido, no solo porque ignora lo dispuesto en el*



laudo del Tribunal Arbitral, sino además porque no revela qué hizo con los fondos girados por el Banco de Bogotá.

1.3.2. En lo que atañe a la infracción de la ley, puso de presente que Etesa profirió su decisión con desconocimiento del derecho al debido proceso de Intralot, porque a efectos de tomar su decisión no adelantó el procedimiento establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, de tal suerte que no le permitió ejercer su derecho de defensa. Al respecto, recalcó que Etesa se limitó a enviar una serie de comunicaciones al contratista, solicitándole el pago de los valores adeudados. Además de lo anterior, refirió que Etesa se rehusó a decretar y practicar las pruebas solicitadas por Intralot al interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010.

2. Admisión de la demanda y contestación

2.1. Mediante auto del 6 de julio de 2011⁵, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó su notificación al liquidador de Etesa, y al Ministerio Público.

2.2. Etesa⁶ contestó la demanda mediante escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó unos, negó otros, indicó que otro tanto no eran hechos, y respecto de los restantes dispuso estarse a lo probado en el proceso.

2.2.1. Finalmente, formuló las siguientes excepciones:

- Legalidad de los actos administrativos: frente a lo cual indicó que los actos acusados gozan de presunción de legalidad, en tanto fueron expedidos al amparo de las facultades y competencias establecidas en la ley.
- Ausencia de falsa motivación: señalando al respecto que el cargo alegado no tiene la vocación de prosperar, porque la suma ordenada a pagar en los actos acusados corresponde a un periodo posterior al que fue objeto de condena en el laudo arbitral del 1º de marzo de 2010.

⁵ Fl. 33 C. 1.

⁶ Fl. 36 a 59 y 60 a 87, C. 1.



- Ausencia del cobro en exceso: indicando que el periodo que fue ordenado pagar en los actos acusados fue diferente al que dio lugar a la condena dispuesta en el laudo arbitral del 1º de marzo de 2010.
- Ausencia de violación al debido proceso: frente a lo cual manifestó que Etesa expidió las respectivas comunicaciones al demandante, permitiéndole de esta manera ejercer su derecho de contradicción y defensa, y que durante la actuación administrativa adelantó el procedimiento previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.
- Práctica de pruebas solicitadas por Intralot: respecto de lo cual señaló que las pruebas pedidas por Intralot ya reposaban en el expediente.
- De la liquidación del contrato: indicando que una vez notificada la sentencia proferida por el Consejo de Estado, mediante la cual se resolvió el recurso extraordinario de anulación formulado contra el laudo arbitral del 1º de marzo de 2010, Etesa remitió a Intralot el proyecto de acta de liquidación del contrato de concesión No. 001 de 2004, sin que esta se hubiera pronunciado al respecto. Además, advirtió que Intralot le adeudaba a Etesa, por diferentes conceptos⁷, la siguiente suma de dinero: \$85.253.839.776, monto frente al cual se *“aplicó el valor pagado por el Banco de Bogotá S.A.”* y que comprendía igualmente el valor ordenado en el laudo arbitral del 1º de marzo de 2010.
- Cosa juzgada respecto de la aplicación del contenido del párrafo primero de la cláusula sexta del contrato: frente a lo cual recalcó que dicho instituto se configura únicamente respecto del periodo comprendido entre julio de 2008 y mayo de 2009, porque frente al mismo ya se pronunció el panel arbitral.
- La genérica.

⁷ Derechos de explotación, intereses a derechos de explotación, gastos de administración e intereses de gastos de administración.



3. Alegatos de conclusión

3.1. Mediante auto del 4 de agosto de 2015⁸, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

3.2. Intralot alegó de conclusión oportunamente⁹. En su escrito, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló que al resolver el recurso de reposición contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, Etesa debió haber descontado del valor adeudado la suma de \$7.694.081.042, correspondiente al pago por concepto de la garantía bancaria.

3.3. Etesa también presentó sus alegatos de conclusión oportunamente¹⁰. En su escrito, afirmó que, comoquiera que el Panel Arbitral en el laudo proferido el 1º de marzo de 2010 tan solo condenó a Intralot por el periodo comprendido entre junio de 2008 y mayo de 2009, había lugar a que Etesa se pronunciara respecto de los periodos subsiguientes.

3.4. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 18 de septiembre de 2019¹¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 574, 922, 927 y 1011 de 2010, expedidas por ETESA en liquidación, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato de Concesión 001 de 2004 por parte de INTRALOT Colombia, se declaró el siniestro y se hicieron efectivas las garantías que lo respaldaban, por violación del debido proceso en su expedición, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: DECLARAR Liquidado judicialmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2004 celebrado entre ETESA e INTRALOT DE COLOMBIA, en los términos de las consideraciones de la demanda, esto es, con un saldo a favor de la Contratante, ETESA, hoy representada por el P.A.R. de ETESA, a cargo de la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., de TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS (\$34.702.890.410)”.

TERCERO: Sin condena en costas.

⁸ Fl. 308, C. 1.

⁹ Fl. 309 a 348, C. 1.

¹⁰ Fl. 349 a 352, C. 1.

¹¹ Fl. 357 a 399, C. Ppal.



CUARTO: *DAR CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en la sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

QUINTO: *Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.*

4.2. Como sustento de su decisión, en punto de los presupuestos procesales, particularmente de la demanda en forma, el tribunal advirtió que la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 -acto definitivo- fue objeto de varios recursos frente a los cuales la entidad se pronunció de forma separada profiriendo los siguientes actos administrativos: Resoluciones Nos. 0922 del 12 de agosto de 2010, 0927 del 17 de agosto de 2010 y 1011 del 1º de septiembre de 2010.

A este respecto, recalcó que si bien la parte actora tan solo cuestionó la validez de las Resoluciones Nos. 574 del 11 de junio de 2010 y 1011 del 1º de septiembre de 2010, dicha circunstancia no daba lugar a configurar la ineptitud sustantiva de la demanda, porque el demandante había demandado el acto principal así como también aquel que resolvió el recurso de reposición por él interpuesto, sin que fuera necesario demandar los restantes actos mediante los cuales se resolvieron los recursos de reposición formulados por los bancos que expidieron las garantías - Resoluciones Nos. 0922 del 12 de agosto de 2010 y 0927 del 17 de agosto de 2010-, frente a los cuales, en todo caso, dispuso su nulidad en la parte resolutive de la sentencia.

4.3. Posteriormente, tras mencionar las principales pruebas allegadas al proceso, procedió al examen de los cargos invocados en la demanda. En tal sentido, empezó por hacer mención a la competencia de Etesa para proferir los actos acusados, con el propósito de indicar que la entidad demandada podía declarar el incumplimiento del contrato, así como también el siniestro y hacer efectivas las garantías respecto del “*periodo que no fue objeto de condena en el laudo arbitral*”.

4.4. Continuando con el examen del caso, en punto del cargo atinente a la cosa juzgada, manifestó que la decisión asumida en los actos acusados -y en aquellos que estimó pertinente estudiar pese a que no fueron demandados-, el tribunal consideró que en el presente caso no se configuraba la cosa juzgada, porque Etesa, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 574 de 2010, aclaró que el periodo respecto del cual se declaró el incumplimiento del contrato era diferente al que fue objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral.



4.5. De otro lado, en punto de la inclusión de valores pagados con ocasión de la garantía, que no fueron descontados por la entidad, consideró que dicha circunstancia no invalidaba la actuación, porque el acto definitivo lo que buscaba era establecer el valor del siniestro. A este respecto, precisó que *“el no descontar la suma pagada por la Aseguradora al establecer el valor del siniestro en la Resolución 1011, no puede alegarse como un cobro desproporcionado, porque para efectos de declarar el incumplimiento y el siniestro debía estimarse la totalidad de su valor, indistintamente del monto cubierto por la garantía o de su pago anterior a la firmeza de la decisión”*.

Además, consideró que Intralot no estaba legitimada para solicitar la devolución del dinero, pues aquel había sido pagado por el Banco de Bogotá como garante, aunado a lo cual, a su juicio, se configuraba una situación jurídica consolidada que impedía restablecer dicho monto.

4.6. Con relación a la infracción del derecho al debido proceso, estimó que si bien Etesa, previo a la expedición de los actos administrativos demandados, remitió a Intralot varias comunicaciones exigiendo el cumplimiento de lo estipulado en el contrato, a partir de las mismas no podía considerarse satisfecho este derecho *“al no cumplirse con un procedimiento previo para su emisión, que ameritaba requerimientos i) claros, en contexto de la situación actual frente al incumplimiento del pago mínimo mensual garantizado por el periodo no comprendido en la condena impuesta mediante el laudo arbitral, y ii) precisos, en cuanto a la advertencia de que se procedería a declarar el incumplimiento y hacer exigibles las garantías”*. Por tanto, estimó pertinente declarar la nulidad de todos los actos administrativos -aun de aquellos que no fueron demandados-.

4.7. De otro lado, en punto de la liquidación judicial del contrato, el tribunal consideró que, *“al no estar vigente liquidación alguna”*¹², era procedente efectuar el cruce final de cuentas por la vía judicial. Así las cosas, de conformidad con el dictamen pericial practicado en el proceso, en conjunto con los restantes medios probatorios, concluyó que existían obligaciones pendientes de pago a cargo de Intralot por derechos de explotación y gastos de administración *“correspondientes al periodo comprendido entre junio de 2009 y junio de 2010”* -diferente al que fue objeto de

¹² Si bien ETESA liquidó unilateralmente el contrato mediante la Resolución No. 345 del 13 de abril de 2012, confirmada mediante la Resolución No. 366 del 23 de mayo de 2012, cabe señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 28 de julio de 2014, declaró la nulidad de los actos administrativos antes referidos, decisión que, por demás, no fue recurrida, según se pudo constatar en el Sistema de Gestión Judicial Samai. Rad.: 25000233600020130048100 M.P. Juan Carlos Garzón Martínez.



pronunciamiento por parte del Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral del 1º de marzo de 2010¹³-, periodo que, a su juicio, debía incluirse en el balance financiero del contrato.

Al respecto, el tribunal a quo precisó que:

“En cuanto al periodo de marzo, abril y mayo de 2008 no hay obligaciones que liquidar, debido a que en virtud de la autorización No. 1 al contrato de concesión se permitió su imputación a lo adeudado en los meses de marzo, abril y mayo de 2009 y de acuerdo con lo consignado en el laudo arbitral, las diferencias entre las transferencias reales y el pago correspondiente fueron incluidas en el monto de la condena impuesta, al sumarse dentro del dictamen pericial presentado ante esa instancia.

Respecto al periodo comprendido entre julio de 2008 y mayo de 2009 tampoco hay lugar a liquidar el monto adeudado, puesto que este fue objeto del laudo arbitral y conforme al mismo el saldo a pagar por INTRALOT es de 22.235.961.126, por concepto de Derechos de Explotación y Gastos de Administración y \$257.043.873 por concepto de corrección monetaria hasta el 31 de enero de 2010.

En cuanto al periodo comprendido entre junio de 2009 y junio de 2010, de acuerdo con lo afirmado por las partes, está pendiente de pago parcial de las obligaciones pactadas. En el dictamen pericial se estableció el monto adeudado para este periodo y las partes no formularon reparos sobre la existencia de la obligación y su cuantificación durante la oportunidad de contradicción, ni al tiempo de formular alegatos. Particularmente el apoderado de INTRALOT solicitó aclaraciones y complementaciones a la experticia, pero tendientes a la argumentación de los cargos de los actos administrativos demandados, incluso, en las alegaciones finales resaltó que los valores señalados por el perito eran inferiores a los consignados en dichos actos, lo cual, a su juicio, revelaba que los mismos no corresponden a la realidad”.

En consecuencia, el tribunal liquidó judicialmente el contrato, reconociendo que el monto a reintegrar por Intralot a Etesa corresponde a la suma de \$26.039.798.676,22, que actualizada a la fecha de la sentencia de primera instancia arroja un saldo final de \$34.702.890.410.

6. Recurso de apelación

6.1. El 10 de octubre de 2019¹⁴, Intralot interpuso recurso de apelación -parcial-, el cual fue concedido el 10 de diciembre de 2020¹⁵ y admitido el 16 de abril de 2021¹⁶.

6.2. En su escrito, la parte recurrente solicitó revocar parcialmente la sentencia apelada, puntualmente el ordinal segundo de la parte resolutive de la providencia,

¹³ De julio de 2008 hasta mayo de 2009.

¹⁴ Fl.402 a 413, C, Ppal.

¹⁵ Fl. 435 y 436, C. Ppal.

¹⁶ Fl. 441, C. Ppal.



en el que se resolvió declarar liquidado judicialmente el contrato, con fundamento en los siguientes cargos.

6.2.1. En primer lugar, señaló que la forma en la que se ordenó la liquidación del contrato es contradictoria con lo resuelto en la providencia, en la medida en que el tribunal declara la nulidad de los actos administrativos demandados, pero finalmente permite que estos surtan plenos efectos, comoquiera que no ordena la devolución del monto de dinero pagado por el Banco de Bogotá con ocasión de la efectividad de la garantía otorgada por esta entidad financiera -\$7.694.081.042-, sino que, por el contrario, dispuso imputar el pago de este dinero en la liquidación judicial del contrato. A este respecto, señaló que *“en realidad, como consecuencia de la nulidad de la Resolución No. 0574 de 2010 y sus actos confirmatorios, el Tribunal debió restablecer plenamente los derechos de mi cliente y retrotraer cualquier efecto que hubiera sido producido por los actos ilegales con los que ETESA declaró el incumplimiento contractual”*.

Además de lo anterior, discrepó de las consideraciones efectuadas por el tribunal para no disponer de la devolución del monto de dinero referido. A juicio de la parte recurrente, Intralot sí estaba legitimada para solicitar la devolución, aunado a lo cual, a su modo de ver, en el presente caso no se configuraba una situación jurídica consolidada que hiciera imposible ordenarla.

6.2.2. De otro lado, señaló que el tribunal efectuó una liquidación incorrecta del contrato, comoquiera que no tuvo en cuenta determinados rubros a favor de Intralot *“cuya existencia y cuantía fueron advertidas oportunamente en el proceso”*. Sobre este particular, la parte recurrente expresamente mencionó que *“la liquidación realizada por el Tribunal inexplicablemente omitió pronunciarse acerca de los valores depositados en el encargo fiduciario asociado al Contrato, esto es, respecto de mil ochenta y cuatro millones setecientos treinta mil novecientos pesos (\$1.084.730.900) [a] favor de ETESA, suma que debidamente actualizada debe descontarse de cualquier suma a cargo de Intralot. Al no hacer ninguna referencia a este valor, la liquidación propuesta por el Tribunal es una liquidación parcial que, por lo tanto, no cumple con los principios legales y jurisprudenciales aplicables”*. A juicio de la parte recurrente, la liquidación judicial efectuada por el tribunal únicamente consideró las deudas de Intralot, pero no tuvo en cuenta la suma depositada por esta a favor de Etesa, lo cual la torna inexacta.



7. Actuación en segunda instancia

7.1. Mediante providencia del 18 de junio de 2021¹⁷, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

7.2. Intralot¹⁸ reiteró los reparos expuestos en el recurso de apelación.

7.3. Etesa¹⁹ solicitó confirmar la sentencia apelada.

7.4. El Ministerio Público²⁰ solicitó confirmar la sentencia apelada. En su concepto, indicó que la parte demandante no desvirtuó los elementos de juicio en los que se soportó la decisión de primera instancia para liquidar judicialmente el contrato, ni demostró estar legitimada para solicitar la devolución del dinero pagado por el Banco de Bogotá como garante.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) manifestación de impedimento; (2) jurisdicción y competencia para conocer el presente asunto; (3) acción procedente; (4) legitimación en la causa; (5) oportunidad de la acción; (6) problemas jurídicos; (7) hechos probados; (8) solución a los problemas jurídicos y; (9) costas.

1. Manifestación de impedimento

El 06 de octubre de 2025²¹, la magistrada Adriana Polidura Castillo manifestó impedimento para conocer del presente asunto, con fundamento en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del CGP²², toda vez que de manera previa a la presentación de la demanda emitió concepto por fuera de la actuación judicial frente a situaciones vinculadas con el negocio jurídico objeto de estudio, dado que en su oportunidad intervino en calidad de apoderada de Intralot en el trámite arbitral que se suscitó con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2004.

¹⁷ Fl. 443, C. Ppal.

¹⁸ Índice 14 Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

¹⁹ Índice 15 Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

²⁰ Índice 17 Sistema de Gestión Judicial SAMAI.

²¹ Índice 33 Sistema de Gestión Judicial SAMAI

²² Que establece las causales de impedimento.



Según lo previsto en la norma *ibidem*, es causal de impedimento “[h]aber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo”.

En este orden de ideas, la Sala²³ declarará fundado el impedimento manifestado por la magistrada Polidura Castillo y, en consecuencia, procederá a apartarla del conocimiento del presente asunto, dado que, en efecto, consta dentro del expediente²⁴ que aquella intervino como apoderada judicial de Intralot en el proceso arbitral que en su oportunidad se suscitó con ocasión del contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004, trámite en el que, entre otros, se examinó el incumplimiento de Intralot frente al pago de los gastos de exploración y de los derechos de administración, aspecto que, desde luego, está relacionado con el objeto de la presente litis, de manera que se encuentra configurada la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del CGP.

2. Jurisdicción y competencia

2.1. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006²⁵ -vigente para la fecha en que se interpuso la demanda-, dado que la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 y su confirmatoria, esto es, la Resolución No. 1011 del 1° de septiembre de 2010, fueron proferidas por Etesa²⁶ en liquidación -empresa industrial y comercial del Estado-, con ocasión de la ejecución del contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004 suscrito entre esta e Intralot.

²³ De conformidad con el numeral 3 del artículo 131 del CPACA, modificado por el artículo 21 de la Ley 2080 de 2021, dispone que la Sala a la que pertenece el magistrado que manifiesta su impedimento es la competente para resolver si lo declara fundado o no. Además, el literal b) del numeral 2 del artículo 125 del CPACA, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021, establece que a las Salas les corresponde dictar las providencias que resuelvan sobre los impedimentos y recusaciones.

²⁴ FI, 79, C. 9.

²⁵ “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”

²⁶ Ley 643 de 2001. “ARTÍCULO 39. Empresa Industrial y Comercial del Estado. Suprimido por el Artículo 1 del Decreto 175 de 2010. Créase la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad”.



2.2. Por su parte, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 18 de septiembre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dada la vocación de doble instancia del proceso, teniendo en cuenta que la cuantía para el año 2011²⁷ supera los 500 SMLMV, de conformidad con lo establecido en los artículos 129²⁸, 132-5²⁹ y 181³⁰ del CCA., vigentes a la fecha de presentación de la demanda.

2.3. Cabe anotar que en la cláusula vigesimocuarta del contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004, que dio lugar a la expedición de los actos acusados y frente al cual se solicita su liquidación, las partes acordaron pacto arbitral. Sin embargo, lo cierto es que Intralot formuló su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Etesa compareció al proceso y no propuso la excepción de falta de jurisdicción.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en un primer momento, aceptó la posibilidad de la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando una de ellas instauraba demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la otra no proponía la excepción de falta de jurisdicción o de existencia de pacto arbitral. Posteriormente, la Sala Plena de esta Sección en sentencia del 18 de abril de 2013³¹ unificó la jurisprudencia y señaló que la derogatoria de la cláusula compromisoria exige un pacto revestido de las mismas formalidades empleadas para su nacimiento, con lo cual concluyó que se requería que constara por escrito.

En el caso *sub examine*, la Sala observa que la demanda se presentó el 14 de junio de 2011, fecha para la cual la jurisprudencia consolidada se inclinaba por la

²⁷ Para el año 2011 el valor del salario mínimo legal mensual vigente era de \$ 535.600. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para este año, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$267.800.000. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$68.874.471.420,24

²⁸ “Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

²⁹ “Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos [...] 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

³⁰ “Artículo 181. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales [...]”

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 18 de abril de 2013. Rad.: 17859.



posibilidad de la renuncia tácita al pacto arbitral, criterio que solo vino a ser cambiado en la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013, para exigir la renuncia expresa mediante escrito.

Ahora bien, aunque la variación de jurisprudencia por regla general tiene efectos sobre todos los casos a los que se aplica, no se puede desconocer que un nuevo criterio, aplicado a las demandas interpuestas con anterioridad, puede entrañar una afectación al derecho de acceso a la justicia. Por tal razón, para las demandas presentadas con anterioridad a la sentencia de unificación referida, la jurisprudencia de esta Subsección en reiteradas oportunidades³² ha considerado pertinente aplicar la regla de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria cuando las partes acuden a la jurisdicción contenciosa, con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia.

Así las cosas, como al momento de la presentación de la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptaba la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la cláusula compromisoria, dicha tesis se aplicará a este asunto y, por ello, se conocerá de la controversia sometida a decisión no obstante la cláusula compromisoria pactada por las partes en el contrato *sub judice*.

3. Acción procedente

3.1. En virtud de lo previsto en el artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, cualquiera de las partes puede demandar para solicitar: (i) que se declare la existencia o nulidad de un contrato estatal; (ii) que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales; (iii) que se ordene su revisión; (iv) que se declare su incumplimiento; (v) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios derivados del mismo; y (vi) que se hagan otras declaraciones y condenas. De igual manera, en virtud de la ley el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato.

3.2. Bajo el anterior contexto, en el presente caso la acción contractual ejercida por la parte demandante es adecuada, comoquiera que a través de su demanda pretende: (i) la nulidad de la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 y de su confirmatoria, esto es, de la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010,

³² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de junio de 2019. Rad.: 44009.



actos administrativos que, pese haber sido proferidos por el agente liquidador de la entidad demandada, tienen naturaleza contractual, pues a través de los mismos se buscó en estricto sentido declarar el incumplimiento del contrato y como consecuencia de ello declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la garantía bancaria; y (ii) la liquidación judicial del contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004.

3.3. En este punto conviene destacar que la parte demandante en su escrito de demanda hizo referencia a las Resoluciones No. 922 del 12 de agosto de 2010 y No. 927 del 11 de agosto del mismo año -pero no las demandó-. A través de dichos actos, Etesa resolvió los recursos de reposición interpuestos por el Banco de Bogotá y por el Banco Davivienda, respectivamente, contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, así:

- Mediante la Resolución No. 922 del 12 de agosto de 2010, Etesa resolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del Banco de Bogotá, a través del cual, en estricto sentido, se solicitó precisar la cuantía y la fecha de los incumplimientos que se estaban imputando a la garantía otorgada por el Banco. En el acto, la entidad resolvió confirmar la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, aclarando que el valor correspondiente a los incumplimientos ocurridos entre el 1º de septiembre de 2009 y el 15 de julio de 2010 ascendía a la suma de \$28.629.215.032,32, decisión que solamente le fue notificada al Banco.
- Mediante la Resolución No. 927 del 11 de agosto de 2010, Etesa resolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del Banco Davivienda, en el que se solicitó revocar la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 por carecer de soporte fáctico y jurídico. En el acto, la entidad resolvió revocar parcialmente la resolución recurrida en el sentido de dejar sin efectos el ordinal sexto de la parte resolutive, concerniente a la efectividad de la garantía bancaria expedida en su oportunidad por Bancafe, decisión que solamente le fue notificada al Banco.

Así las cosas, si bien la parte demandante omitió demandar todas las decisiones administrativas mediante las cuales se resolvieron los recursos de reposición formulados contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 -en particular, las Resoluciones No. 922 del 12 de agosto de 2010 y No. 927 del 11 de agosto del



mismo año-, de conformidad con lo previsto en el artículo 138³³ del CCA, lo cierto es que, para el caso concreto, no resulta procedente exigir dicho requisito formal, es decir, requerir del demandante que hubiera cuestionado todos los actos administrativos expedidos en la vía gubernativa; tan solo resulta predicable dicha exigencia del acto definitivo -Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010- y de aquel que resolvió el recurso de reposición por él interpuesto, esto es, la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010, como en efecto ocurrió.

Lo anterior, partiendo de la base de que las Resoluciones No. 922 del 12 de agosto de 2010 y No. 927 del 11 de agosto de 2010 se expidieron con el propósito de resolver los recursos de reposición interpuestos por los apoderados del Banco de Bogotá y del Banco Davivienda, respectivamente, que no aquel formulado por la parte demandante, de ahí que lo decidido en ellos no constituya un obstáculo para adoptar una determinación de fondo en el presente caso, máxime si se considera que la Resolución No. 922 del 12 de agosto de 2010 tan solo se limitó a aclarar el periodo y valor del incumplimiento respecto de la garantía otorgada por el Banco de Bogotá, mientras que la Resolución No. 927 del 11 de agosto de 2010 dejó sin efectos un ordinal de la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, concerniente a la efectividad de la garantía bancaria otorgada por Bancafe.

Dicha posición se ve reforzada si se considera que la eventual anulación de la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 -acto definitivo- y de su confirmatoria, la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010 -mediante la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por Intralot- acarrearía necesariamente la pérdida de efectos de las Resoluciones No. 922 y No. 927 de agosto de 2010. Ello, en la medida en que estas últimas se sustentan y dependen de la validez de las primeras. Aunado a lo anterior, debe resaltarse que cualquier decisión relativa a la liquidación judicial del contrato permanecería incólume frente a tal circunstancia, lo cual, en definitiva, habilita a la Sala para emitir un pronunciamiento de fondo en el presente caso.

³³ “**ARTICULO 138. INDIVIDUALIZACION DE LAS PRETENSIONES.** <Subrogado por el artículo 24 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Quando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren”.



Así las cosas, en la parte resolutive de esta providencia se procederá a modificar la sentencia apelada, puntualmente en cuanto a establecer que la nulidad declarada por el tribunal *a quo* únicamente atañe a los actos administrativos acusados, esto es, a la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 y a la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010.

4. Legitimación en la causa

4.1. En el presente caso se concluye que Intralot y Etesa -quien fue sucedida procesalmente³⁴ por el Ministerio de Salud y Protección Social en los términos establecidos en el Decreto 175 de 2010³⁵, en armonía con el artículo 36 del Decreto Ley 254 de 2000 y así será reconocido en la parte resolutive de esta providencia³⁶-, están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que suscribieron el contrato de concesión en virtud del cual se profirieron los actos administrativos contractuales cuestionados, contrato que, por demás, se solicita sea liquidado judicialmente.

5. Caducidad

El artículo 136, numeral 10, del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece varios supuestos para la determinación del momento a partir del cual debe computarse el término de caducidad de 2 años de la acción de controversias contractuales. De forma general dispone que el término “se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento” y enseguida establece una serie de supuestos aplicables a los contratos según estos sean de ejecución instantánea o requieran o no liquidación.

Respecto de los contratos que por su naturaleza o por disposición legal o contractual requieran liquidación y esta no sea efectuada ni bilateral ni unilateralmente por la Administración, “*el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la*

³⁴ “Artículo 60. Sucesión Procesal [...] Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren”.

³⁵ “Por el cual se suprime la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones.”

³⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Providencia del 16 de octubre de 2020. Rad: 25000-23-26-000-2011-00174-01 (47677)



liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

En el presente asunto, la parte demandante pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contrato de concesión, la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la garantía bancaria, y solicita, además, que se liquide judicialmente el contrato. En este orden, la Sala considera que el término de caducidad de las pretensiones debe contarse de forma independiente, porque la pretensión de nulidad de los actos contractuales se puede resolver de forma autónoma y sin necesidad de acudir o de esperar a la liquidación del contrato³⁷.

5.1. En virtud de lo anterior, en relación con las pretensiones de nulidad de los actos contractuales, el término de caducidad de la acción de controversias contractuales comenzó a correr a partir del día siguiente al de la notificación de la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010, mediante la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, por ser este el momento de ocurrencia de los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la pretensión. La notificación de dicho acto administrativo se surtió el 2 de septiembre de 2010 (hecho probado 7.10.), por lo cual el término de caducidad de la acción corrió entre el 3 de septiembre de 2010 y el 3 de septiembre de 2012, de lo cual se colige que la demanda radicada el 14 de junio de 2011³⁸ se presentó en término, aún sin tener en cuenta la suspensión con ocasión de la solicitud de

³⁷ Sobre este asunto, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que: *“De manera que, el cómputo del término de caducidad para el caso de los contratos que requieren liquidación comienza a contabilizarse una vez ésta ocurra, o cuando venza el plazo otorgado para su realización, en tanto la misma constituye prueba principal del estado económico del contrato, al contener los balances, acuerdos, así como las deudas y acreencias vigentes entre las partes con ocasión de su ejecución [...] Si bien la Sala comparte la pauta antes referida, lo cierto es que ésta no es aplicable a todos los casos en que los contratos requieran liquidación, pues, habrá de decirse de una vez que, esta regla tiene justificación en aquellos asuntos en que existe una relación directa y próxima entre los motivos que generan controversia y la liquidación del contrato, es decir, se debe tratar de aspectos cuyo estado de ejecución y balance son propios de una valoración final, por cuanto su medida de determinación puede variar de cara a la proyección que tengan en la ejecución del contrato [...] En este escenario, entonces, cobra protagonismo el supuesto normativo consagrado como premisa general del término de caducidad de la acción de controversias contractuales, es decir, la del primer inciso del numeral 10 del artículo 136 del CCA, que determina que “el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”, en la medida que esta regla orienta la forma como debe contabilizarse el plazo para demandar aquellos asuntos cuyos fundamentos no están compuestos por decisiones encadenadas de la Administración –en este caso, que tengan que definirse en el acto de liquidación– sino que se trata de discrepancias que subsisten de forma independiente y, por lo mismo, su solución judicial no pende ni debe postergarse a la liquidación del contrato” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de mayo de 2022. Radicado: 17001-23-31-000-2011-00350-01 (56.558).*

³⁸ Fl. 2 a 30 C. 1.



conciliación extrajudicial que se surtió ante la Procuraduría Primera Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá³⁹.

5.2. En relación con la pretensión de liquidación judicial del contrato, es menester señalar que al tenor de lo establecido en la cláusula segunda su plazo de ejecución fue de 60 meses contados a partir del día siguiente al vencimiento de la culminación de la fase preoperativa, la cual no podía exceder de 194 días. En tal sentido, según lo acreditado en el proceso, particularmente en las consideraciones expuestas en la Resolución No. 0922 del 12 de agosto de 2010, el plazo de ejecución del contrato finiquitó el 15 de junio 2010 (hecho probado 7.8.).

A su turno, se tiene que en la cláusula trigésima primera del contrato las partes acordaron su liquidación bilateral dentro de los 4 meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución y estipularon que, en caso de no llegar a un acuerdo en tal sentido, Etesa estaría facultada para liquidar unilateralmente el contrato en los términos establecidos en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, es decir, dentro del término de 2 meses siguientes al plazo convencional⁴⁰. A este respecto, cabe señalar que en el proceso no se encuentra acreditado que las partes hubiesen liquidado bilateralmente el contrato o que Etesa hubiera procedido en tal sentido de forma unilateral⁴¹.

Así las cosas, la Sala estima que el derecho de accionar -que transcurrió entre el 18

³⁹ Fl. 276, C. 2.

⁴⁰ De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. Al efecto, en sentencia del 16 de marzo de 2015 esta Subsección indicó que: *“De ésta forma, se tiene que antes de la vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su terminación y que si ésta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior. Este criterio jurisprudencial fue el que finalmente se convirtió en disposición legal al consagrar, de un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que los contratos debían liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación y al prever, de otro lado, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que si la administración no lo liquidaba dentro de los dos (2) meses que siguen al plazo establecido legal o convencionalmente para ello, el interesado podía acudir para ese efecto ante la jurisdicción, dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar. Pues bien, todo lo anterior se resume en que por la época en que se terminó el contrato que ha dado lugar a este proceso, esto es, el 8 de marzo de 2000, las partes tenían un plazo de cuatro (4) meses para liquidar el contrato de común acuerdo, término que ya era legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, y si no lo lograban liquidar, la Administración debía hacerlo dentro de los dos (2) meses siguientes, plazo éste que había sido elaborado jurisprudencialmente pero que luego se convirtió en legal en razón de lo preceptuado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 16 de marzo de 2015. 52001-23-31-000-2003-00665-01(32797)*

⁴¹ Si bien Etesa liquidó unilateralmente el contrato mediante la Resolución No. 345 del 13 de abril de 2012, confirmada mediante la Resolución No. 366 del 23 de mayo de 2012, cierto es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 28 de julio de 2014, declaró la nulidad de estos actos, decisión que, por demás, no fue recurrida, según se pudo constatar en el Sistema de Gestión Judicial Samai. Rad.: 25000233600020130048100 M.P. Juan Carlos Garzón Martínez.



de diciembre de 2010 y el 18 de diciembre de 2012⁴²- se ejerció en tiempo, porque la demanda se radicó dentro del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para liquidar el contrato -14 de junio de 2011⁴³-. Así las cosas, es evidente que la acción, en punto de la pretensión de liquidación del contrato, igualmente se ejerció oportunamente, aun sin tener en cuenta el término de suspensión de la conciliación extrajudicial, que se surtió ante la Procuraduría Primera Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá⁴⁴.

6. Problemas jurídicos

6.1. El marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, a menos que las partes hayan apelado toda la sentencia, caso en el cual el juez resolverá sin limitaciones. Es así que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del CPC⁴⁵, el superior no puede enmendar la providencia del *a quo* en la parte que no fue objeto del recurso de apelación, *“salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”*⁴⁶. En el mismo sentido, y atendiendo al principio de congruencia *“a las partes les está vedado modificar o adicionar en el recurso de apelación la causa petendi de la demanda, pues esto implicaría un desconocimiento flagrante del principio al debido proceso”*⁴⁷.

6.2. Teniendo en cuenta los reparos puntuales expuestos en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si el tribunal *a quo*,

⁴² Lo anterior, teniendo en cuenta que el plazo para liquidar bilateralmente el contrato transcurrió entre el 16 de junio de 2010 y el 16 de octubre de 2010, mientras que el término para su liquidación unilateral corrió entre el 17 de octubre de 2010 y el 17 de diciembre de 2010.

⁴³ Fl. 2 a 30 C. 1.

⁴⁴ Fl. 276, C. 2.

⁴⁵ “Artículo 357. Competencia del Superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, **y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (...).”

⁴⁶ Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 6 de abril de 2018 (expediente No. 46005), unificó su jurisprudencia en los siguientes términos: “19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del *ad quem* frente al recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada”.

⁴⁷ Ibid.



al liquidar judicialmente el contrato de concesión, debió ordenar el reintegro de la suma de \$7.694.081.042 correspondiente al valor consignado por el Banco de Bogotá con ocasión de la efectividad de la garantía bancaria por este otorgada.

6.3. En segundo lugar, esta colegiatura deberá establecer si el tribunal *a quo* erro al efectuar la liquidación judicial del contrato de concesión, por no incluir la suma de \$1.084.730.900, la cual, según la parte demandante, fue depositada en favor de Etesa en un encargo fiduciario asociado al contrato.

7. Hechos probados

En el expediente reposan varios documentos en copia auténtica y otros en copia simple. Los últimos serán analizados, siempre que no hayan sido tachados de falsedad por alguna de las partes o exista alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo dispuesto por esta Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013⁴⁸.

En relación con el proceso de selección y la celebración del contrato

7.1. El 22 de julio de 2004, Etesa e Intralot suscribieron el contrato de concesión No. 0001, cuyo objeto, al tenor de lo establecido en la cláusula primera consistió en *“otorgar por parte de ETESA al CONCESIONARIO la operación con exclusividad de las apuestas que se sustenten en los resultados de partidos, torneos o campeonatos de fútbol celebrados a nivel local, departamental, regional, nacional, internacional, o cualquier ámbito o motivo de realización sea este nacional o foráneo, mediante los diferentes tipos de apuestas, entendidos por estos los mutuales, paramutuales, de dividendos fijos o variables, o cualquier otro compatible con la realización de eventos futboleros, que debe operar EL CONCESIONARIO por su propia cuenta y*

⁴⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013. Rad.: 25022. “[...] Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por las demandadas, pueden ser valoradas toda vez que los medios probatorios obrantes fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba traslada por la parte demandante, petición que coadyuvada por las demandadas, surtiéndose así el principio de contradicción [...] En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda”.



riesgo, dentro de todo el territorio nacional, a cambio de unos DERECHOS DE EXPLOTACIÓN y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN que cancelará a la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD -ETESA. Dicha actividad la ejercerá bajo la dirección, control y vigilancia de la entidad concedente ETESA, de conformidad con las disposiciones legales vigentes y normas posteriores que regulen la materia, en especial la Ley 643 de 2001, por la cual se fija “El régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, el Decreto 2482 de 2 de septiembre de 2003 expedido por el Gobierno Nacional y el Acuerdo 002 de 21 de Octubre de 2003 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar”.

Frente al plazo, en la cláusula segunda se estipuló que el término de ejecución del contrato sería de 60 meses contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo establecido para la etapa de preoperatividad -194 días-.

En cuanto al valor del contrato, en la cláusula sexta se dispuso que su valor sería indeterminado pero determinable por las ventas brutas generadas con ocasión de las apuestas y los porcentajes establecidos por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar como derechos de explotación más los gastos de administración.

Frente los derechos de explotación, en la misma cláusula se establecieron los siguientes porcentajes: (i) para el primer año el 18% de los ingresos brutos; (ii) para el segundo año el 19% de los ingresos brutos; (iii) para el tercer año el 21% de los ingresos brutos; (iv) para el cuarto año el 22% de los ingresos brutos; (v) para el quinto año el 23% de los ingresos brutos; y (vi) en caso de ser prorrogado en contrato, el 25% de los ingresos brutos para cada uno de los meses de la prórroga.

En punto de los gastos de administración, se acordó que el concesionario debería liquidar y pagar por este concepto el porcentaje máximo permitido por la ley al momento de su causación. En tal sentido, las partes acordaron que el valor resultaría de aplicar a las ventas brutas de las apuestas el porcentaje de los derechos de explotación más los gastos de administración -\$200.000.000.000-. A su turno, en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, las partes acordaron un pago mínimo mensual garantizado, bajo el entendido de que, Intralot garantizaría y cancelaría a Etesa como mínimo el 40% de lo establecido en el estudio del mercado.

Frente a la solución de controversias, en la cláusula vigésima cuarta del contrato se acordó, entre otros, acudir a un tribunal de arbitramento para dirimir cualquier



divergencia *“que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación”*.

Finalmente, al tenor de lo establecido en la cláusula trigésima primera, las partes acordaron liquidar el contrato de común acuerdo *“a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización de la ejecución de este contrato [...] Si las partes no llegan a un acuerdo sobre la liquidación, ésta será practicada directa y unilateralmente por ETESA en los términos y condiciones que establecen los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993”*.

En relación con el trámite arbitral y el recurso de anulación contra el laudo

7.2. El 4 de julio de 2008, Intralot convocó a Etesa a un Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias suscitadas entre las partes con ocasión del contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004⁴⁹. El 10 de marzo de 2009 ETESA contestó la demanda y formuló demanda de reconvencción en la que solicitó, entre otros, declarar el incumplimiento de Intralot respecto de la obligación establecida en el párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, relacionada con el pago de los derechos de explotación y los gastos de administración. Al efecto, en la demanda de reconvencción expresamente se solicitó que, derivado del incumplimiento, se condenara a Etesa al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, esto es, *“la cantidad de \$17.525.905.770.00, correspondientes a Derechos de explotación y Gastos de Administración mínimos garantizados, causados y dejados de pagar con corte al 10 de marzo de 2009 o lo que sea certificado por ETESA o determinada por el Tribunal al momento de expedir el laudo”*.

7.3. Mediante laudo arbitral del 1º de marzo de 2010, el Tribunal de Arbitramento⁵⁰ que se conformó para dirimir la controversia suscitada entre las partes resolvió: (i) declarar probadas todas las excepciones de mérito formuladas por Etesa; (ii) negar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda formulada por Intralot; (iii) declarar probada parcialmente una excepción formulada por Intralot y negar las demás; (iv) declarar probada parcialmente la pretensión subsidiaria de la primera principal de la demanda de reconvencción formulada por Etesa; (v) declarar que Intralot estaba a obligada a cumplir, durante todo el tiempo de ejecución del

⁴⁹ Fl. 17 a 177, C. 2.

⁵⁰ Árbitros: María Cristina Morales de Barrios, Luis Hernando Parra Nieto, Luis Hernando Gallo Medina. Secretaria Florencia Lozano Revéz



contrato, los pagos establecidos en el párrafo primero de la cláusula sexta; (vi) condenar a Intralot a pagar a favor de Etesa la suma de \$22.235.961.126, correspondiente a los valores dejados de cancelar por concepto de derechos de explotación y gastos de administración, calculados hasta la fecha de corte establecida en el dictamen pericial practicado dentro del trámite arbitral, esto es, **desde julio de 2008 hasta mayo de 2009**⁵¹.

7.3. Mediante sentencia del 25 de mayo de 2011⁵² -Rad.: 38423-, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró infundado el recurso extraordinario de anulación promovido por Intralot contra el laudo arbitral del 1º de marzo de 2010.

En relación con la declaratoria de incumplimiento, la ocurrencia del siniestro y la efectividad de las garantías bancarias

7.4. Por medio de la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010⁵³, Etesa: (i) declaró que Intralot incumplió el contrato de concesión respecto de la obligación de pago de los derechos de explotación y gastos de administración; (ii) exigió al concesionario el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y dispuso que el valor adeudado ascendía a la suma de \$68.874.471.420,14; (iii) declaró ocurrido el siniestro de cumplimiento por la inobservancia del concesionario frente al pago de los derechos de explotación y gastos de administración de los periodos de marzo, abril y mayo de 2008, y junio de 2009 a junio de 2010 por un valor total de \$36.801.833.204,74; (iv) hizo efectiva la garantía bancaria otorgada por el Banco de Bogotá por un valor de \$7.694.081.042; (v) declaró ocurrido el siniestro de cumplimiento por la inobservancia del concesionario frente al pago de los derechos de explotación y gastos de administración durante los periodos de julio de 2008 a mayo de 2009 por un valor total de \$32.072.638.215,40; (vi) hizo efectivas las garantías bancarias otorgadas por Bancafé y por el Banco Davivienda por un valor de \$20.000.000.000.

7.5. El 14 de julio de 2010, el apoderado del Banco de Bogotá solicitó la aclaración de la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010⁵⁴ y, además, la recurrió en reposición⁵⁵. En el primer escrito, solicitó aclarar la cuantía y fecha de los incumplimientos reclamados respecto de la garantía otorgada por dicho Banco. Por

⁵¹ Fl. 17 a 177, C. 2.

⁵² Fl. 39 a 139, C. 2.

⁵³ Fl. 178 a 185, C. 2.

⁵⁴ Fl. 237 y 238, C. 2.

⁵⁵ Fl. 174 y 175, C. 3.



su parte, en el recurso de reposición, solicitó modificar el acto administrativo recurrido en el sentido de indicar la cuantía y la fecha de los incumplimientos que se reclamaban con cargo a la garantía bancaria No. 06780015351.

7.6. El 16 de julio de 2010, el apoderado del Banco Davivienda interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010⁵⁶. Al efecto, solicitó revocar de forma parcial el acto administrativo, porque no era dable exigir al Banco Davivienda el pago de suma alguna de dinero.

7.7. El 16 de julio de 2010, el apoderado de Intralot interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010⁵⁷. En su escrito, solicitó revocar lo resuelto en el acto administrativo recurrido.

7.8. Por medio de la Resolución No. 922 del 12 de agosto de 2010⁵⁸, Etesa resolvió el recurso de reposición formulado por el apoderado del Banco de Bogotá. En tal sentido, resolvió confirmar la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, *“aclarando que el valor incumplido desde el 1 de septiembre de 2009, hasta el 15 de junio de 2010, esto es, en vigencia de la garantía que se hace exigible al Banco de Bogotá S.A. asciende a la suma de VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS QUINCE MIL TREINTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS M/CTE (\$28.629.215.032,32)”*. En el acto administrativo se puso de presente que el contrato de concesión finalizó por vencimiento de su plazo el 15 de junio de 2010 y se ordenó su notificación al Banco de Bogotá.

7.9. Por medio de la Resolución No. 927 del 17 de agosto de 2010⁵⁹, Etesa resolvió el recurso de reposición formulado por el apoderado del Banco Davivienda. En esta decisión, se resolvió reponer parcialmente la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010, en el sentido de dejar sin efectos lo dispuesto en el ordinal sexto del acto administrativo recurrido, concerniente a la efectividad de las garantías bancarias otorgadas por Bancafé y Davivienda.

7.10. Por medio de la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010⁶⁰, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación formulado por el apoderado de Intralot, Etesa resolvió: confirmar la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010,

⁵⁶ Fl. 176 a 181, C. 3.

⁵⁷ Fl. 186 a 232, C. 2.

⁵⁸ Fl. 239 a 244, C. 2.

⁵⁹ Fl. 138 a 927, C. 2.

⁶⁰ Fl. 246 a 267, C. 2.



particularmente en cuanto a declarar el incumplimiento del concesionario frente a las obligaciones de pago de los derechos de explotación y gastos de administración -ordinal primero-, así como también lo atinente a hacer exigible su cumplimiento -ordinal segundo-; sin embargo en el ordinal tercero se aclaró que si bien el valor incumplido a cargo del concesionario según los registros contables de Etesa ascendía a la suma de \$68.874.471.420,14, el valor que realmente se pretendía cobrar correspondía a la suma de \$34.496.696.045,01, correspondiente al valor adeudado por el concesionario desde julio de 2009 hasta junio de 2010 *“en el entendido de que el valor del periodo comprendido entre mayo de 2008 y junio de 2009 corresponde a la condena preferida por el Tribunal de Arbitramento mediante laudo arbitral de fecha 1º de marzo de 2010”*. Esta decisión fue notificada a Intralot el 2 de septiembre de 2010, según da cuenta copia auténtica del oficio de Etesa No. PRESIE29787 del 1 de septiembre de 2010, que tiene sello y fecha de recibido de Intralot del 2 de setiembre de 2010⁶¹.

Pruebas adicionales

Además de las pruebas documentales antes referidas, en el expediente reposan las siguientes pruebas adicionales, que resultan relevantes a efectos de resolver la presente litis:

7.11. Garantía Bancaria de Cumplimiento No. 06780015351⁶², expedida por el Banco de Bogotá en favor de Etesa *“para responder por las obligaciones asumidas por Intralot con ocasión del contrato de concesión de julio 22 de 2004 [...] hasta la suma de \$7.694.081.042”*, con vigencia hasta el 17 de agosto de 2010.

7.12. Garantía Bancaria No. 186070500005-3⁶³, expedida por el Banco Davivienda en favor de Etesa, por valor de \$10.000.000.000, con vigencia desde el 17 de agosto de 2008 hasta el 17 de agosto de 2009.

7.13. Dictamen pericial rendido por el perito Humberto Puerta Gómez⁶⁴.

7.14. Comunicaciones cruzadas entre las partes, concernientes al cobro de lo ordenado en el laudo arbitral del 1º de marzo de 2010⁶⁵.

⁶¹ Fl. 213, C. 6.

⁶² Fl. 233 a 235, C. 2.

⁶³ Fl. 46, C. 8.

⁶⁴ Fl. 1 a 133, C. 5.

⁶⁵ Fl. 140 a 167, C. 3



7.15. Oficio sin fecha determinada⁶⁶, suscrito por Etesa, mediante el cual se da respuesta a una petición allegada por Intralot, en el que se informa que mediante transferencia del 30 de agosto de 2010 el Banco de Bogotá consignó la garantía bancaria por la suma de \$7.694.081.042.

7.16. Oficio del 12 de junio de 2009⁶⁷, suscrito por el gerente general de Intralot, en el que autorizó a la vicepresidencia financiera de Etesa para *“que a partir de la fecha hagan uso de los dineros que se encuentran en la cuenta del Encargo Fiduciario - con la fiduciaria Fiduagraria- de Apuestas Futboleras Ganagol para cubrir los montos correspondientes a Derechos de Explotación y Gastos de Administración por la venta de Futbolotto así como también la comisión por venta de Tiempo al Aire”*.

7.17. Comunicaciones enviadas por Intralot a ETESA, en las que solicita un acuerdo de pago de los derechos de explotación y de los gastos de administración, así como también diferentes comunicaciones en las que ETESA requiere el pago por este concepto.

7.18. Prórroga al contrato No. 002 de encargo fiduciario suscrito entre Etesa y Fiduagraria S.A.⁶⁸. Del acuerdo de voluntades se desprende que, con ocasión de la celebración del contrato de concesión, se suscribió un contrato de fiducia mercantil entre las partes para manejar los recursos derivados de la operación de las apuestas futboleras, contrato que estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2010.

7.19. Oficio 000034316 del 14 de octubre de 2014⁶⁹, suscrito por la directora de remanentes de Fiduprevisora, en el que informa que la fiduciaria actuó en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes de Etesa en Liquidación. Además, pone de presente que el 24 de agosto de 2012 las partes celebraron el contrato de fiducia mercantil No. 3129216, para la administración, seguimiento, control y pago de las contingencias, de los gastos judiciales y de los honorarios de los abogados que representan judicialmente los intereses de Etesa en los procesos judiciales.

⁶⁶ Fl. 269 a 270, C. 2.

⁶⁷ Fl. 119, C. 9.

⁶⁸ Fl. 26 a 28, C. 36.

⁶⁹ Fl. 269, C. 1.



8. Solución a los problemas jurídicos

Antes de resolver los problemas jurídicos planteados, conviene referirse brevemente acerca del régimen del contrato sometido a juicio, en virtud del cual se dictaron los actos administrativos contractuales cuestionados.

8.1. Régimen del contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 643 de 2001 *“por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”*, la operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en los términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la ley. El término de dichos contratos no puede ser inferior a 3 años ni exceder de 5.

A este efecto, teniendo en cuenta que el contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2004 fue suscrito por Etesa e Intralot con el objeto de entregar en concesión *“la operación con exclusividad de las apuestas que se sustenten en los resultados de partidos, torneos o campeonatos de fútbol celebrados a nivel local, departamental, regional, nacional, internacional, o cualquier ámbito o motivo de realización sea este nacional o foráneo, mediante los diferentes tipos de apuestas, entendidos por estos los mutuales, paramutuales, de dividendos fijos o variables, o cualquier otro compatible con la realización de eventos futboleros, que debe operar EL CONCESIONARIO por su propia cuenta y riesgo, dentro de todo el territorio nacional, a cambio de unos DERECHOS DE EXPLOTACIÓN y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN que cancelará a la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD -ETESA”*, se colige que el régimen aplicable al negocio jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993, en armonía con las previsiones particulares de la Ley 643 de 2001, y sin perjuicio de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 *ibídem*, estatuto vigente al tiempo de su celebración⁷⁰, de modo que este será el marco normativo bajo el cual se abordará el análisis del caso en esta instancia⁷¹.

⁷⁰ Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*.

⁷¹ Como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, armonizando las disposiciones de la Ley 80 con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 -antes de la entrada en vigencias de la Ley 1150 de



Cabe añadir que el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión como aquel que *“celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*.

De igual manera, en cuanto a su contenido, es de resaltar que el estatuto general de contratación de la administración pública establece que las estipulaciones contractuales han de ajustarse a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del negocio jurídico de que se trate, pudiendo las partes acordar libremente, en el marco de su autonomía de la voluntad, las cláusulas que consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento jurídico⁷².

8.2. El tribunal *a quo*, al liquidar el contrato, no debía ordenar el reintegro de la suma de \$7.694.081.042, correspondiente al valor consignado por el Banco de Bogotá.

En la sentencia de primera instancia, el tribunal *a quo* liquidó judicialmente el contrato de concesión con un saldo a favor de Etesa por la suma de \$26.039.798.676,22, que actualizada a la fecha de la sentencia de primera instancia arroja un saldo final de \$34.702.890.410, correspondiente a las obligaciones pendientes de pago por derechos de explotación y gastos de administración por

2007 y de la ley 1474 de 2011-, se tiene que, salvo aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establecían alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebraran las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, la regla general era que se encontraban sujetas a las normas del citado estatuto contractual.

⁷² El artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en efecto dispone: *"Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. / Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. / En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración."*



parte de Intralot, durante el periodo comprendido entre junio de 2009 a junio de 2010.

En su recurso de apelación, Intralot sostuvo que el tribunal incurrió en un yerro al efectuar la liquidación del contrato, por cuanto, habiendo declarado la nulidad de los actos administrativos demandados, lo procedente era que, al momento de la liquidación, dispusiera el reintegro de la suma de \$7.694.081.042, atinente al valor consignado por el Banco de Bogotá en virtud de la garantía bancaria constituida a favor de la entidad demandada.

Sobre la liquidación de los contratos estatales, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 estipuló que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. A su vez, el artículo 87 del CCA dispuso que, dentro de las pretensiones de la acción de controversias contractuales, es posible solicitar que se hagan declaraciones y condenas, entre ellas, que se solicite la liquidación judicial del contrato. A este respecto, cabe señalar que el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, preveía que, en caso de que las partes no liquidaran el contrato bilateralmente, ni la Administración lo hiciera unilateralmente, *“el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial”*, de lo cual se desprende que al vencimiento del término para liquidar bilateral y unilateralmente el contrato, -cualquiera de los interesados- podía acudir ante el juez del contrato para solicitar el cruce final de cuentas por la vía judicial.

En virtud de los mandatos anteriores, esta Corporación⁷³ ha considerado que liquidar un contrato consiste en determinar el valor de sus acreencias y deudas insatisfechas, con el fin de establecer si existen valores pendientes de percibir o de asumir por los sujetos negociales y que, como es natural, solo procede una vez fenecido el plazo negocial, pues solo hasta ese momento es posible determinar los remanentes del acuerdo de voluntades. En suma, la liquidación del contrato tiene por finalidad conocer en qué estado quedó la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, establecer el resultado final del contrato y determinar el balance económico de la relación contractual, definiendo quién le debe a quién y cuánto⁷⁴.

⁷³ Consejo de Estado: *i)* Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de junio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2015-00067-00 (2253) y *ii)* Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 9 de octubre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-2001-02508-01 (28881).

⁷⁴ Al respecto, por ejemplo, en Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, se lee: “La liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a la culminación de su plazo de ejecución o a la declaratoria de terminación unilateral o caducidad (artículos 17 y 18 de la Ley 80 de



A partir de lo expuesto, la Sala concluye que no le asiste razón a la parte recurrente. En efecto, en el marco de la liquidación judicial de un contrato estatal, como la adelantada por el tribunal, lo que corresponde es efectuar un cruce definitivo de cuentas a fin de determinar si subsisten saldos a favor de alguna de las partes. Al haber establecido el tribunal que existían saldos pendientes de pago por parte de Intralot a favor de Etesa por valor total de \$26.039.798.676,22, -circunstancia que, por demás, no fue objeto de reparo en el recurso de apelación-, lo procedente, sin lugar a duda, era imputar la suma de \$7.694.081.042 al cruce final de cuentas, con el fin de descontarla del saldo definitivo de la operación como en efecto ocurrió, de ahí que no existiera saldo alguno que pudiera ser “reintegrado” a Intralot, como lo pretende el recurrente.

Así lo dispuso expresamente el tribunal en la sentencia apelada:

“- Al periodo comprendido entre septiembre de 2009 y abril de 2010 se abonó el valor cancelado por el Banco de Bogotá en cumplimiento de la garantía. Es decir, este pago se descontó de lo adeudado.

-

[...]

A su vez, al examinar los documentos de ETESA se advierte la coincidencia de los valores allí indicados y los señalados en el dictamen pericial, lo que lo dota de respaldo objetivo. También, fue descontado el monto recibido a título de garantía de cumplimiento del Banco de Bogotá; ahora bien, la imputación de este pago desde el mes de septiembre de 2009, cuestionada de manera reiterada por el apoderado de INTRALOT, se explica porque la garantía se hizo efectiva por el periodo comprendido entre septiembre de 2009 y el 15 de junio de 2010”.

En tal sentido, resulta claro que a efectos de realizar el cruce final de cuentas el tribunal procedió como correspondía, dado que, no solamente tuvo en cuenta que el Banco de Bogotá consignó la suma de \$7.694.081.042 con ocasión de la efectividad de la garantía bancaria por él otorgada, sino que, además, imputó o descontó esta suma del valor total adeudado por Intralot.

1993), que tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quien y cuánto; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual. La liquidación procede y es necesaria en los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo y los demás que lo requieran, y puede realizarse por mutuo acuerdo entre las partes, esto es, voluntaria o bilateralmente, o directamente por la Administración, esto es, unilateralmente, o por el juez por vía de acción, esto es judicialmente. Sólo a falta de acuerdo entre los contratantes sobre la liquidación del contrato, nace la competencia material de la Administración para efectuarla en forma unilateral, y si ésta no la hace, puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes”.



Ahora bien, si lo que la parte actora pretendía -independientemente de si se encontraba o no legitimada para ello- era que, con ocasión de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuestionados se ordenara, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro de alguna suma de dinero, así debió solicitarlo expresamente en su demanda; sin embargo, ninguna pretensión en este sentido fue formulada en el líbello introductorio, por lo cual, a juicio de la Sala, no había lugar a que el tribunal siquiera entrara a emitir un pronunciamiento sobre este particular.

Al respecto, es pertinente recordar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se caracteriza por ser una justicia rogada, de ahí que les asiste el deber a las partes de invocar con precisión lo que pretenden en la demanda, de lo contrario, el juez no podrá pronunciarse. Emitir un pronunciamiento en el que se evalúen aspectos que no fueron solicitados, como lo pretende la parte actora en su recurso de apelación, conllevaría a desconocer el principio de congruencia.

Al efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que:

“Ciertamente el carácter eminentemente rogado de la jurisdicción contenciosa administrativa impide examinar pretensiones a la luz de disposiciones diferentes de las invocadas en la demanda, es decir, que sus providencias se circunscriben sólo a lo que allí se ha planteado, por ser el libelo demandatorio un marco de referencia necesario para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial”⁷⁵.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en la liquidación judicial practicada por el tribunal se imputó o descontó la suma de \$7.694.081.042 -como en efecto correspondía- y que ni en las pretensiones de la demanda ni en la estimación razonada de la cuantía la parte actora solicitó de manera expresa, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro de dicha suma, la Sala concluye que el cargo formulado carece de vocación de prosperidad.

8.3. El tribunal a quo, al liquidar el contrato, no debía incluir la suma de \$1.084.730.900.

En su recurso de apelación Intralot manifestó que la liquidación efectuada por el tribunal fue inexacta, toda vez que no se tuvo en cuenta que la sociedad depositó en un encargo fiduciario la suma de \$1.084.730.900 a favor de Etesa, monto que debió ser descontado al realizar el cruce final de cuentas.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, SUBSECCION A, Sentencia del 27 de octubre de 2011. Rad.: 25000-23-25-000-1995-38054-01(2270-05)



A este efecto, cabe señalar que, auscultado el expediente -39 cuadernos y 3 Cds-, la Sala no encuentra acreditado el dicho del recurrente, esto es, que en efecto Intralot hubiera consignado en los encargos fiduciarios que se constituyeron durante la ejecución del contrato la suma de \$1.084.730.900 a favor de Etesa.

De hecho, las únicas piezas procesales que dan cuenta de lo afirmado por la parte recurrente, resultan ser: (i) los memoriales por él allegados en el curso de la primera instancia⁷⁶ en los que solicitó la aclaración y complementación al dictamen pericial; y (ii) las respuestas ofrecidas por el perito frente a los solicitado por el recurrente, de lo cual no se desprende ni se puede concluir que en efecto Intralot hubiese consignado en el encargo fiduciario la suma de \$1.084.730.900 a favor de Etesa.

En efecto, en la solicitud de aclaración al dictamen pericial, el apoderado de Intralot manifestó:

“4. El señor perito en relación con la respuesta 1.2 del cuestionario, se servirá aclarar si en los saldos liquidados por ETESA EN LIQUIDACIÓN en las Resoluciones 547 y 1011 de 2010, se tuvo en cuenta que en el encargo fiduciario establecido en el contrato existía una suma a favor de ETESA EN LIQUIDACIÓN de \$1.084.730.900”.

Frente a esta solicitud del recurrente el perito señaló:

“Numeral 4

Respuesta: En las resoluciones Nos 0574 y 1011 de 2010 de Etesa en Liquidación no se hace ninguna referencia a la suma de “1.084.730.900 a su favor de INTRALOT.

Fiduprevisora informó que: “De conformidad con las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia mercantil No. 312926 suscrito entre Etesa el Liquidación y la Fiduprevisora, al Patrimonio Autónomo constituido no se entregó la obligación de administrar el archivo documental de la extinta entidad”.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del CPC *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, de donde el cargo alegado requiere de prueba, cuya omisión por la parte recurrente, a quien corresponde tal *onus*, impide su prosperidad.

⁷⁶ Fl. 155 a 157, C. 1. y 282 a 286, C. 1.



Bajo este entendido, se concluye que lo afirmado por la parte recurrente no se encuentra acreditado y aunque el juez posee claras facultades oficiosas para decretar pruebas y con ello auscultar algunos vacíos que en materia probatoria pudo dejar una deficiente concepción de la prueba por el extremo procesal interesado y de esta manera buscar la verdad material, dichas facultades deben utilizarse para esclarecer las partes oscuras que puedan quedar en el proceso, pero no puede esgrimirse para suplir la ritualidad probatoria que corresponde atender a las partes desequilibrando la relación jurídico procesal entre ambos extremos; al juez corresponde guardar la debida neutralidad en el transcurso del proceso, salvo que se presenten o existan condiciones excepcionales que exijan a este hacer uso de las atribuciones oficiosas en materia probatoria, las cuales en el caso concreto no se advierten. En consecuencia, el cargo alegado no tiene la vocación de prosperar.

8.4. De la actualización de la condena

En virtud de lo expuesto en precedencia y de cara a los cargos formulados en el recurso de apelación, la Sala confirmará lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada, puntualmente en cuanto a liquidar judicialmente el contrato de concesión No. 0001 del 22 de julio de 2024 con un saldo a favor de ETESA por valor de \$34.702.890.410, el cual será actualizado aplicando la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

Vp= Valor presente
Vh= Valor histórico

Índice final⁷⁷ a la fecha de esta sentencia: 150,99 (agosto de 2025)
Índice inicial: mes en el que se dictó la sentencia de primera instancia, que coincide con aquel en el que se dejaron de actualizar los valores allí dispuestos (septiembre de 2019)

$$V_p = \$34.702.890.410 \times \frac{151,48 \text{ (septiembre de 2025)}}{103,26 \text{ (septiembre de 2019)}}$$

$$V_p = \$50.908.326.934$$

⁷⁷ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor (índices - serie de empalme) que pueden ser consultados en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística: <https://www.dane.gov.co>.



Con fundamento en todo lo expuesto, el valor correspondiente a incluir en la liquidación judicial como saldo a favor de ETESA asciende a la suma de \$50.908.326.934.

En consecuencia, la Sala modificará la sentencia apelada en el sentido de: (i) disponer que la nulidad declarada por el tribunal *a quo* únicamente atañe a la Resolución No. 574 del 11 de junio de 2010 y a la Resolución No. 1011 del 1º de septiembre de 2010. y (ii) actualizar el valor de la liquidación judicial. Por lo demás, la sentencia de primera instancia se mantendrá incólume.

9. Costas

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por la magistrada Adriana Polidura Castillo y, en consecuencia, apartarla del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia del 18 de septiembre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 574 y 1011 de 2010, expedidas por ETESA en liquidación, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato de Concesión 001 de 2004 por parte de INTRALOT Colombia, se declaró el siniestro y se hicieron efectivas las garantías que lo respaldaban, por violación del debido proceso en su expedición, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: DECLARAR Liquidado judicialmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2004 celebrado entre ETESA e INTRALOT DE COLOMBIA, en los términos de las consideraciones de la demanda, esto es, con un saldo a favor de la Contratante, ETESA, hoy representada por el P.A.R. de ETESA, a cargo de la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., de CINCUENTA MIL NOVECIENTOS OCHO MILLONES



TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$50.908.326.934)".

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: DAR CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en la sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

TERCERO: RECONOCER como sucesor procesal de la liquidada Empresa Territorial para la Salud ETESA a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con el artículo 60 del CPC.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

VF