

## **CONTRATO DE CONCESIÓN DE JUEGOS DE AZAR – Régimen jurídico aplicable**

De antemano es preciso señalar que la concesión exclusiva de la operación y manejo nacional de un juego de azar no quedó comprendida en la noción de contrato administrativo, para efecto de la regulación contenida en el Decreto Ley 222 de 1993, toda vez que, conforme al artículo 16 de la norma en cita, aquélla se circunscribió a las concesiones de servicios públicos, de obras públicas y a la explotación de bienes del Estado.

En esos términos, puede afirmarse que le corresponde a la Sala estudiar un contrato de concesión de derecho privado de la administración, particularmente el 003 del 12 de marzo de 1992, cuyos efectos jurídicos se sujetaron a las normas civiles y comerciales, salvo en lo concerniente a la figura de la caducidad, incorporada en la cláusula cuadragésima segunda [...]

En consecuencia, el régimen jurídico del contrato jurídico en estudio es principalmente privado, salvo lo dispuesto para las actuaciones administrativas, la formación de la voluntad y las ritualidades y formalidades propias del derecho administrativo.

### **CLÁUSULA PENAL – Concepto – Pertinencia de la exigibilidad – Indemnización de perjuicios**

La cláusula penal pecuniaria, legalmente, se define como aquella a través de la cual el deudor, para asegurar el cumplimiento, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal [artículo 1592 del Código Civil]; no obstante, antes de la mora del deudor, el acreedor sólo podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal. Una vez verificada, es posible exigir la pena o la obligación principal, al arbitrio del acreedor, pero no simultáneamente, a menos que «que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal» [artículo 1594 ejusdem]. Tampoco se acumularán la indemnización de perjuicios y la pena, salvo pacto expreso en contrario [artículo 1600 ejusdem].

De lo expuesto se tiene que la cláusula penal pecuniaria no se limita a una función reparatoria, sino que dependiendo de su pacto y de la elección del acreedor frente a su exigibilidad, como ocurre en el presente asunto, puede tener diferentes facetas, a saber: [i] de apremio o moratoria, exigible por el simple retardo; [ii] reparatoria o indemnizatoria, como estimación anticipada de perjuicios y [iii] punitiva, en tanto lo es a título de sanción coercitiva.

### **CLÁUSULA PENAL – Efectos**

En ese orden, atendiendo a la forma en que se pacte la cláusula penal pecuniaria sus efectos también varían, con independencia de la causación de perjuicios o beneficios. Así, la [i] de apremio o moratoria dará lugar a exigir la pena, sin que se extinga la obligación principal, en tanto persigue apremiar a su cumplimiento; [ii] la reparatoria o indemnizatoria faculta a cobrar únicamente la pena, con la extinción de la obligación principal y [iii] la punitiva dará lugar a exigir, además de la pena, la obligación principal. En todos los anteriores eventos podrá pedirse, incluso, la indemnización de perjuicios, si así se pacta.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02093-01(23190)**

**Actor: SOCIEDAD WINTECH DE COLOMBIA S.A.**

**Demandada: EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S.A  
ECOSALUD S.A.**

## **Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 21 de marzo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual resolvió negar las pretensiones (fl. 255, c. ppal 2).

### **SÍNTESIS DEL CASO**

El 18 de marzo de 1994, mediante resolución 222 del 18 de marzo de 1994, con posterioridad a la declaratoria de caducidad contenida en las resoluciones 0246, 0263 y 0493 del 1 y 15 de julio y 15 de octubre de 1993, respectivamente, ECOSALUD S.A. liquidó unilateralmente el contrato de concesión 003 del 12 de marzo de 1992. La sociedad Wintech de Colombia S.A. se opone al balance económico arrojado en el ejercicio liquidatorio.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. LA DEMANDA**

El 28 de marzo de 1996 (fl. 26, c. ppal), la sociedad Wintech de Colombia S.A., en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, en adelante ECOSALUD S.A. (fls. 6 a 34, c. ppal)<sup>1</sup>.

#### **1.1. Síntesis de los hechos**

---

<sup>1</sup> En el auto admisorio del 9 de agosto de 1996 se vincularon a las sociedades Scientific Games Inc., PKI Associates Inc., Daibutsu Inc. y Seguros del Estado S.A, en calidad de litisconsortes necesarios por activa (fls. 45 y 46, c. 2).

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 3 a 15, c. ppal):

1.1.1. El 12 de marzo de 1992, ECOSALUD S.A. y el consorcio compuesto por las firmas Scientific Games Inc., PKI Associates Inc. y Daibutsu Inc. suscribieron el contrato de concesión 003 para la operación y manejo del juego de azar "*La Instantánea*".

1.1.2. En cumplimiento de lo pactado en la cláusula octava del mencionado contrato se cedió el contrato de concesión a la sociedad anónima Wintech de Colombia S.A., dentro de la cual hacían parte los miembros del consorcio.

1.1.3. Desde el comienzo de la ejecución del contrato cedido, Wintech de Colombia S.A. informó, repetidamente, a ECOSALUD, sobre el cambio de las condiciones económicas y comerciales, respecto de las cuales se realizaron los cálculos y proyecciones de venta del juego de azar "*La Instantánea*". Entre las razones que, a juicio de la concesionaria, generaron la reducción en las ventas fueron: (i) la demora de TELECOM en conectar el sistema de comunicación que requería la operación; (ii) la situación de racionamiento eléctrico del país en el año de 1992; (iii) la aparición de la lotería instantánea SÚBITO; (iv) la oposición de los departamentos y de las federaciones de vendedores tradicionales de lotería a la venta del juego y (v) la demora en el pago de los premios.

1.1.4. Las anteriores situaciones fueron informadas a ECOSALUD, para la modificación del contrato o la convocatoria a un tribunal de arbitramento, ante la imposibilidad de la concesionaria de cumplir con los compromisos económicos adquiridos.

1.1.5. El 1 de julio de 1993, mediante resolución 0246, ECOSALUD declaró la caducidad del contrato en estudio e, igualmente, exigió la responsabilidad solidaria de las sociedades cesionarias y cedente. Dicha resolución fue adicionada a través de la resolución 263 del 15 de julio de 1993, en lo relacionado con la efectividad de la garantía de cumplimiento. El 15 de

octubre de 1993, a través de la resolución 0493, la entidad pública demandada desató el recurso de reposición, en el sentido de confirmar su decisión inicial.

1.1.6. La actora demandó la nulidad de esas decisiones ante esta jurisdicción.

1.1.7. El 31 de enero de 1994, mediante comunicación 000690, la sociedad actora informó a ECOSALUD S.A. que se abstenía de firmar el acta de liquidación, en tanto se atenía a lo decidido por esta jurisdicción y el procesal concursal.

1.1.8. En la misma fecha, ECOSALUD S.A. y Seguros del Estado conciliaron las diferencias surgidas por la multa impuesta y la declaratoria de caducidad, en esta última por la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, por un valor de US\$2.400.000 de los US\$4.000.000 que originalmente quedaron garantizados en el contrato; sin embargo, dicha conciliación no fue refrendada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la existencia de sendos procesos judiciales iniciados por la actora y Scientific Games Inc. en contra de la entidad pública contratante, uno de ellos el 94D-9803; con todo, por transacción se firmó un nuevo acuerdo y, en consecuencia, la aseguradora el 1 de noviembre de 1994 pagó la suma primeramente conciliada.

1.1.9. El 18 de marzo de 1994, a través de la resolución 222, ECOSALUD S.A. se liquidó el contrato de concesión 003 de 1992; a pesar de que se interpuso recurso de reposición no se desató.

## **1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 2 y 3, c. ppal):

*PRIMERO: Que es nula la resolución No. 0222 del 18 de marzo de 1994 mediante la cual ECOSALUD aprobó la liquidación que hizo el interventor del contrato 003 de 1992, Dr. Mario Ernesto Gaitán Garzón,*

*suscrito con el consorcio Scientific Games Inc., PKI Associates Inc. y Daibutsu Inc. y cedido a Wintech de Colombia S.A. para el manejo integral del juego de suerte y azar denominado “La Instantánea”.*

*SEGUNDO: Que como consecuencia de la esta declaración, WINTECH S.A. no está obligada a pagar a ECOSALUD las sumas que allí se le cobran por concepto de “obligaciones a cargo de WINTECH” y que ascienden a más de noventa mil millones de pesos (\$90.000.000.000).*

*TERCERO: Que la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud “ECOSALUD” deberá pagar las costas y gastos del proceso.*

### **1.3. Concepto de la violación**

La actora fundamentó la solicitud de nulidad de los actos administrativos en cuestión (fls. 15 a 22, c. ppal), así:

*(i) La violación de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil.* Fundó este cargo en el hecho de que ECOSALUD S.A. cobró simultáneamente la obligación principal y la cláusula penal pecuniaria, cuando las normas en cita lo prohíben y tampoco se pactó en tal sentido, como da cuenta el párrafo segundo de la cláusula cuadragésima. Efectivamente, en los numerales 4.9 y 4.11 de la resolución de liquidación unilateral se hace efectiva, además de la pena, la garantía para cubrir las multas y la obligación contractual a favor de ECOSALUD S.A.

*(ii) Falta de competencia y desviación de poder.* Por cuanto las partes se obligaron a constituir un tribunal de arbitramento para solucionar sus controversias, tal como lo solicitó la concesionaria, compromiso que impedía el uso de las prerrogativas, que fue en últimas como procedió la demandada, con lo cual se desconocieron los artículos 1602 del Código Civil y 2 del Decreto 2279 de 1989 que impiden desconocer el contrato sino es por consentimiento mutuo.

*(iii) El desconocimiento del proceso concordatario,* toda vez que en el artículo segundo de la resolución 222 de 1994 se ordenó pagar los valores de la liquidación dentro de los diez días siguientes a su ejecutoria, al tiempo que el artículo 26 del Decreto 350 de 1989 prescribe que los “acreedores con o sin garantía real que no concurren oportunamente, no podrán

*participar en las audiencias y para hacer efectivos sus créditos sólo podrán perseguir los bienes que queden al empresario una vez cumplido el concordato, o cuando éste se declare fracasado o incumplido y se inicie el proceso de quiebra. Se exceptúa el caso previsto en el inciso quinto del artículo siguiente”* (fls. 21 y 22, c. ppal).

## **2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>**

2.1. ECOSALUD S.A. (fls. 126 a 160, c. ppal) sostuvo que los errores en las proyecciones de la concesionaria la llevó a alegar un inexistente desequilibrio en las prestaciones económicas del contrato, cuando desde el primer día de ejecución demostró su incompetencia para asumir sus obligaciones contractuales, debido a sus equivocadas proyecciones; además, en sentencia del 21 de agosto de 1997 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, dentro del proceso 94-D-9660, donde negó las pretensiones de nulidad de las resoluciones de caducidad, evidenció los incumplimientos de Wintech de Colombia S.A.

En cuanto a la constitución del tribunal de arbitramento, señaló que fue el concesionario el que no asistió a la reunión programada para tales efectos, lo cual dejó sentado su falta de interés en el mecanismo para solucionar las controversias; estimó también que las notificaciones de los actos administrativos respondieron a las exigencias legales, al punto que la actora conoció y pudo recurrir las decisiones.

Destacó que las partes pactaron la posibilidad de que la contratante, en ejercicio de la potestad derivada de la cláusula 42<sup>a</sup>, declarara la caducidad del contrato conforme a las causales estipuladas, en las cuales incurrió el contratista sistemáticamente, a saber: (i) la omisión de transferir el producto del juego, (ii) el no pago de la comisión equivalente al 0.92% de las ventas brutas a favor de ECOSALUD, (iii) el incumplimiento de realizar los sorteos, (iv) de pagar los premios, (v) de la destinación de la publicación institucional y (vi) de informar el resultado del desarrollo de los juegos.

---

<sup>2</sup> La sociedad Daibutsu Inc. otorgó poder al abogado Jorge Alberto Posada Villaveces (fl. 123, c. ppal), pero sin contestar la demanda.

Sostuvo que se pactó que la cesión no liberaba de responsabilidad a los cedentes frente a ECOSALUD y que éstos, solidariamente, asumirían las consecuencias jurídicas por los incumplimientos que se llegaran a presentar. Finalmente, sostuvo que los valores a cargo de la actora, establecidos en los actos administrativos demandados, corresponden a lo pactado y que las sumas a cargo de la aseguradora responden al valor de las garantías, vigentes hasta su terminación, sin perjuicio de la cesión del contrato.

Igualmente, aceptó el pago por US\$2.400.000 por parte de Seguros del Estado y que los valores incorporados en la liquidación corresponden a los pactados en el contrato así: publicidad institucional (cláusula décima quinta); comisión de ECOSALUD S.A. (cláusula vigésima sexta); transferencias de producto del juego (cláusula vigésima séptima); rendimientos financieros (cláusula vigésima octava) y la cláusula penal pecuniaria (cláusula cuadragésima).

Adujo que las normas contractuales no imponen a las entidades estatales esperar el resultado del trámite concordatario para efectuar la liquidación, la cual se imponía por la caducidad del contrato, que se produjo con anterioridad al referido trámite; en todo caso, los diez días hábiles para el pago de los montos incorporados en la liquidación unilateral se fundó en el texto de la cláusula quincuagésima primera, que fijó ese término para la satisfacción de los saldos arrojados en el ejercicio liquidatorio.

2.2. Scientific Games Inc. (fls. 67 a 86, c. ppal) coadyuvó las pretensiones de la demanda e informó que (i) ECOSALUD S.A. la demandó ante las cortes de Georgia, Estados Unidos, por los mismos conceptos derivados de la liquidación del contrato, pretensiones que fueron denegadas el 17 de marzo 1996; adujo que (ii) existió abuso de poder al endilgarle solidaridad por las sumas liquidadas y (iii) nunca se le informó sobre el trámite previo a la liquidación, tan sólo se le remitió una comunicación a Estados Unidos, conducta que impidió el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

2.3. Seguros del Estado (fls. 94 a 98, c. ppal) puso de presente que pagó el 1 de noviembre de 1994 a ECOSALUD S.A. la suma de US\$2.400.000 por concepto de multas y cláusula penal pecuniaria y, por ende, alegó el derecho que tiene de pedir el reembolso de esa suma al contragarante Scientific Games Inc.

2.4. El curador *ad litem* de PKI Associates Inc. (fls. 118 a 120, c. ppal) se atuvo a lo probado y propuso la excepción genérica del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

### **3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las sociedades Scientific Games Inc. y Wintech y ECOSALUD S.A. (fls. 181 a 233, c. ppal) reiteraron los argumentos de sus intervenciones.

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 21 de marzo de 2002 (fls. 240 a 255, c. ppal 2), el *a quo*, para negar las pretensiones de la demanda, sostuvo:

*a. (...) En efecto, los cargos en mención se centran en torno a la infracción de los artículos 1594 y 1600 del C.C. y 2 del Decreto-Ley 2279 de 1989, este último regulador de la institución del arbitramento y de la amigable composición, en cuanto en decir de la actora la entidad contratante pretende, al liquidar el contrato, hacer efectiva la cláusula penal, el valor de la multa impuesta y el valor de las obligaciones contractuales, haciendo, además efectiva la garantía de cumplimiento y prescindiendo del sometimiento a un Tribunal de Arbitramento, previsto en el contrato, para dirimir los conflictos o controversias presentadas con relación a la ejecución del contrato y a su liquidación.*

*Anota la Sala que la resolución contentiva de la liquidación del contrato en lo que concierne a la efectividad o cobro de la multa impuesta, a la efectividad o cobro del valor de la cláusula penal pactada en el contrato y a la efectividad de la garantía de cumplimiento, se limita a consignar o reiterar, para incluir en la liquidación, las decisiones que sobre tales aspectos se contienen en la resolución que declaró la caducidad del contrato. Es decir, que la resolución impugnada, como acto contentivo del balance final del contrato, se limita a incluir en la relación de lo que fue su ejecución, los valores que por los conceptos antes relacionados, fueron materia de pronunciamiento en la resolución de declaratoria de caducidad del contrato e, igualmente, a reproducir la decisión de hacer*

efectiva la garantía de cumplimiento. Por tanto, la presunta ilegalidad de las tales decisiones atañe a la resolución de declaratoria de caducidad del contrato, mas no a la que lo liquida y, encontrándose aquella en firme y habiéndose desvirtuado la presunción de legalidad y de veracidad que la ampara, como acto administrativo que es, no puede validamente cuestionarse dicha legalidad frente a un acto administrativo que se limita a reproducir las decisiones antecedentes y que es la base o fundamento, como terminación del contrato, de dicha liquidación. Se insiste en que la legalidad de las decisiones en comento es materia del proceso en que se pretende la declaratoria de nulidad de la resolución que declaró la caducidad del contrato, pero no del proceso en que se discute la legalidad de la liquidación del mismo, en cuanto atañe a decisiones que fueron materia de la primera de dichas resoluciones. Mas aún, estaba la entidad contratante en la obligación de incluir los referidos valores, dado que la resolución de caducidad para la fecha en que se produjo la liquidación del contrato se encontraba en firme y amparada por las presunciones de legalidad y veracidad propias e inherentes al acto administrativo. Agrega la Sala que en el evento de ser declarada la nulidad de la resolución de caducidad, se produciría el decaimiento de las decisiones contenidas en la resolución de liquidación y que son la reproducción o consignación de las contenidas en aquélla (...).

De otra parte y, en lo que respecta a la ilegalidad que se hace consistir en la no convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para dirimir los conflictos que, en decir de la actora, surgieron con ocasión de la ejecución del contrato, la argumentación anteriormente expuesta es exactamente aplicable por las mismas razones antes consignadas, dado que la toma de tales decisiones por la entidad contratante, con prescindencia de la convocatoria y decisión de un Tribunal de Arbitramento, no son materia de la resolución que liquidó el contrato, sino de la resolución que declaró su caducidad y, por tanto, tal planteamiento de infracción legal concierne a ésta, pero no a aquélla (...).

En cuanto concierne al cargo de inclusión en la resolución de liquidación del contrato del monto total de las obligaciones derivadas del mismo, la Sala precisa que la liquidación no incluye tal valor. La cuantificación de dicha obligación se hace únicamente por el período en que estuvo vigente y en ejecución el contrato, junio 26 de 1992 y la fecha en que se declaró su caducidad, período dentro del cual la contratista y estando en ejecución del contrato, se abstuvo de cumplir sus obligaciones económicas frente a la entidad contratante.

b. No encuentra la Sala configurada la causal de nulidad por desviación de poder que aduce la actora. A este respecto no se allegó prueba alguna y se agrega que la entidad contratante, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula quincuagésima primera del contrato, estaba obligada a adelantar el procedimiento de liquidación del Contrato, obligación a la que no podía sustraerse sin incurrir en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

c. No se encuentra infringido el artículo 26 del Decreto No. 350 de 1989, regulador de la institución del concordato preventivo, pues la entidad contratante simplemente se limitó a consignar en la resolución de liquidación, la estipulación pactada en la cláusula anteriormente

*mencionada, cuando dispuso que los saldos que resultaren, en la liquidación, a cargo de la contratista debían ser cancelados por ésta, dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la respectiva cuenta de cobro por parte de aquélla. A mas de lo anterior, prestando la resolución de liquidación del contrato mérito ejecutivo, la entidad contratante señaló un plazo para la exigibilidad de la obligación, a cuyo vencimiento y ante la no satisfacción de la obligación económica deducida a cargo de la sociedad contratista, podía legalmente exigir por vía ejecutiva tal satisfacción. Las decisiones anteriores no implican un desconocimiento de la norma reguladora del concordato preventivo, invocada como infringida, simplemente en virtud de dichas decisiones de la entidad contratante adquirió el carácter de acreedor de una obligación exigible. En el evento de que la entidad iniciara un cobro ejecutivo, pretendiendo, como lo afirma la actora, eludir las normas reguladoras del proceso concordatario y obtener un pago con preferencia a los acreedores que se presentaron oportunamente a dicho proceso, la actora tenía a su disposición los mecanismos que el mismo Decreto consagra para impedir que tal situación se llevase a cabo. Además, según consta en la certificación expedida por la Superintendencia de Sociedades, ECOSALUD se presentó dentro del proceso concordatario y allí le fue reconocida la existencia de crédito a su favor (fls. 253 a 255, c. ppal 2).*

### **III. SEGUNDA INSTANCIA**

#### **1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora interpone recurso de apelación (fls. 275 a 299, c. ppal); valga precisar que la sociedad Scientific Games Inc. también procedió en esa vía pero no sustentó. Con todo, la actuación de la primera la beneficia, pero los cargos se limitarán a los propuestos por Wintech de Colombia S.A.<sup>3</sup>; sin embargo, como frente a unos argumentos formulados en primera instancia no hubo pronunciamiento expreso, se procederá en consecuencia.

Los argumentos de la alzada reiteran: (i) *La violación de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil*, en tanto se cobró simultáneamente la obligación principal y la cláusula penal pecuniaria, cuando las normas en cita lo

---

<sup>3</sup> Scientific Games Inc. interpuso recurso de apelación sin que lo sustentara (fls. 260 y 300, c. ppal 2); sin embargo, mediante auto del 26 de noviembre de 2002, esta Corporación consideró no declarar desierto el recurso, en tanto en los términos del artículo 51 del Código de Procedimiento Civil las actuaciones de las partes que integran el litisconsorte benefician a los demás (fl. 301, c. ppal 2). El 6 de diciembre siguiente, la referida firma solicitó pruebas y coadyuvó los argumentos de la actora (fls. 303 a 349, c. ppal 2).

prohíben y tampoco se pactó en tal sentido; (ii) *desviación de poder*, porque aunque las partes se obligaron a constituir un tribunal de arbitramento para solucionar sus controversias, tal como lo solicitó la concesionaria, la actora procedió en retaliación por las solicitudes de desequilibrio y (iii) *el incumplimiento de ECOSALUD S.A.*, en tanto no garantizó la efectividad del monopolio otorgado debido a la operación de otras loterías.

## **2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, Scientific Games Inc., ECOSALUD S.A. y Wintech Colombia S.A. reiteraron sus argumentos (fls. 383 a 464, c. ppal 2).

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

#### **1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

Atendiendo a la naturaleza pública de ECOSALUD S.A.<sup>4</sup>, en tanto se trata de una entidad descentralizada indirecta<sup>5</sup>, sus controversias son de

---

<sup>4</sup> Esta Corporación, al analizar la legalidad del Decreto 271 de 1991, por medio del cual se aprobaron los estatutos de ECOSALUD S.A., sostuvo: “1. El artículo 43 de la Ley 10 de 1990, autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público, con la participación de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sería la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes. // 2. Mediante el Decreto N° 1434 de julio 5 de 1990, el Gobierno Nacional, pretendiendo desarrollar el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, dictó las normas de organización y funcionamiento, a las cuales debía sujetarse la sociedad cuya creación fue autorizada por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990. // 3. El decreto citado anteriormente fue declarado nulo por esta misma Sección, mediante sentencia del 30 de abril de 1992 (Expediente N° 1571, actor: Federación de Loterías de Colombia - FEDELCO-, ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz), bajo la consideración principal de que en él se contenían los estatutos básicos de la sociedad, cuya competencia para expedirlos estaba radicada en el Congreso de la República, de acuerdo con el artículo 76-10 de la anterior Carta Política. // 4. Con fundamento en los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990 y el Decreto 130 de 1976, se constituyó la sociedad denominada Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda. - COLJUEGOS, mediante Escritura Pública N° 4379 del 23 de julio de 1990, de la Notaría 91 de Bogotá. // 5. Mediante Escritura pública N° 1408 del 7 de diciembre de 1990, de la Notaría 28 del Círculo de Bogotá, se transformó Sociedad COLJUEGOS LTDA., en la Sociedad ECOSALUD S.A.. // 6. A través del decreto acusado (Decreto N° 0271 del 25 de enero de 1991), el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministro de Salud), aprobó los estatutos de la Sociedad ECOSALUD S.A.,

conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 1 de la Ley 1107 de 2006<sup>6</sup>, siendo esta Corporación la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos<sup>7</sup>.

La acción contractual es la conducente, por cuanto se pretende declarar la nulidad de unos actos administrativos contractuales de una entidad pública, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

## 1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la actora fue la destinataria de los actos administrativos demandados y su contraparte quien las profirió (fls. 27 y rev., c. 3).

---

*contenidos en la escritura últimamente reverenciada*". Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de septiembre de 1993, exp. 2162, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

<sup>5</sup> Según el Decreto 271 del 25 de enero de 1991, ECOSALUD S.A. fue constituida como una sociedad entre entidades públicas del orden nacional dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, de la forma de las anónimas, sometida en lo pertinente, al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, pertenecientes al Sector Salud y se organizó conforme lo dispuesto por los Decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, 130 de 1976 y por sus estatutos

<sup>6</sup> Que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo dispuso: "*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% 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*".

<sup>7</sup> El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes. Además, como los perjuicios materiales se calcularon en \$90.000.000.000, siendo esta la mayor pretensión (fl. 2, c. ppal 1), es claro que para 1996 (fl. 26, c. ppal), cuando se presentó la demanda, la controversia contractual tenía un valor superior a \$13.460.000.

### **1.3. La caducidad**

Los actos administrativos en cuestión, en tanto fueron dictados con ocasión de la actividad contractual, debían demandarse dentro de los dos años siguientes a su comunicación, notificación o publicación. En ese orden, como frente a la resolución 222 del 18 de marzo de 1994, que liquidó el contrato de concesión 003 del 12 de marzo de 1992, la notificación al representante legal de Wintech Colombia S.A. se produjo el 15 de abril de 1994 (fl. 28, c. 3, copia auténtica), el plazo para demandar vencía el 16 del mismo mes de 1996<sup>8</sup>. En consecuencia, como la demanda se presentó el 7 del marzo del último año (fl. 26, c. ppal), fuerza concluir que fue interpuesta en tiempo.

## **2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si en esta sede los cargos de nulidad formulados por la sociedad Wintech de Colombia S.A. en contra de la resolución 222 del 18 de marzo de 1994, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de concesión 003 del 12 de marzo de 1992, están llamados a prosperar.

## **3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL**

### **3.1. Del régimen jurídico del contrato de concesión 003 de 1992**

De antemano es preciso señalar que la concesión exclusiva de la operación y manejo nacional de un juego de azar no quedó comprendida en la noción de contrato administrativo, para efecto de la regulación contenida en el Decreto Ley 222 de 1993, toda vez que, conforme al artículo 16 de la norma

---

<sup>8</sup> Valga referir que el 28 de abril de 1996, dentro de los diez días otorgados en la resolución en comento, la sociedad Wintech de Colombia S.A. interpuso recurso de reposición, sin que haya prueba de respuesta. En todo caso, si se considera esta situación, con mayor razón la caducidad tampoco estaría verificada.

en cita, aquélla se circunscribió a las concesiones de servicios públicos<sup>9</sup>, de obras públicas<sup>10</sup> y a la explotación de bienes del Estado<sup>11</sup>.

En esos términos, puede afirmarse que le corresponde a la Sala estudiar un contrato de concesión de derecho privado de la administración, particularmente el 003 del 12 de marzo de 1992<sup>12</sup>, cuyos efectos jurídicos se sujetaron a las normas civiles y comerciales, salvo en lo concerniente a la figura de la caducidad, incorporada en la cláusula cuadragésima segunda (fls. 235 a 237, c. 2, copia simple allegada por ECOSALUD S.A. en respuesta a requerimiento del a quo)<sup>13</sup>.

En esa línea, frente al régimen jurídico de los contratos de concesión de juegos de suerte y azar, como el que aquí se estudia, la Sección precisó:

#### *4. Régimen jurídico del contrato.*

*El contrato 018 de 1993 fue celebrado en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983; en materia contractual a la sociedad ECOSALUD S.A., le era aplicable el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Respecto de los contratos de este tipo de sociedades prescribía el Decreto-ley 222 de 1983, lo siguiente:*

*“ARTÍCULO 1º DE LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA ESTE ESTATUTO. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.*

---

<sup>9</sup> En el decreto ley en cita se reguló expresamente la concesión de servicios públicos de telecomunicaciones, artículos 181 a 211, particularmente, radiodifusión y correspondencia pública y privada.

<sup>10</sup> Artículos 102 a 105 del citado decreto ley.

<sup>11</sup> El párrafo del artículo en comento disponía: “Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia”.

<sup>12</sup> En la cláusula primera se pactó: “El objeto del presente contrato es la operación y el manejo integral por parte del CONTRATISTA del juego de suerte y azar denominado “LA INSTANTÁNEA”, en la República de Colombia, con sujeción a las normas pactadas en este documento y dentro de los lineamientos señalados por la ley 10 de 1990 y las normas que la desarrollen, modifiquen o reglamenten” (fl. 494, c. 4).

<sup>13</sup> En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de mayo de 2012, exp. 20.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

*“Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.*

*“A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.*

*“Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios (...).*

*“ARTICULO 254. DE LOS CONTRATOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES O COMERCIALES DEL ESTADO. Salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en este Decreto sino las usuales para los contratos entre particulares.*

*“Sin embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero.”*

*El contrato 018 de 1993 no es de obra pública ni de empréstito y en tanto el Decreto-ley 222 de 1983 no contempló prescripciones especiales respecto de los contratos que tienen por objeto la explotación de juegos de suerte y azar, se puede concluir que este estatuto no le era aplicable al contrato que dio origen al litigio que aquí se decide y que al mismo le son aplicables aquellas reglas que son usuales para los contratos celebrados entre particulares, de conformidad con el artículo 254 del Decreto-ley 222 de 1983.*

*Adicionalmente, el Acuerdo número 17 de septiembre de 1991, expedido por el Consejo Directivo de ECOSALUD S.A., por medio del cual se adoptó el estatuto de contratos de esta sociedad, estableció que en el mismo sólo se regulaban los contratos de derecho privado celebrados por ECOSALUD<sup>14</sup> y uno de los contratos a los cuales hacía referencia era, precisamente, el contrato para la explotación del monopolio rentístico creado por la Ley 10 de 1990<sup>15</sup>.*

---

<sup>14</sup> Acuerdo número 17 de septiembre de 1991, expedido por el Consejo Directivo de ECOSALUD: *“Artículo 1º Naturaleza de los contratos. Los contratos que celebre la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. – Ecosalud S.A.- pueden ser administrativos o de derecho privado. //”Artículo 2º Campo de aplicación. El presente estatuto regula los contratos de derecho privado que celebre la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. –Ecosalud S.A.- // Los contratos de derecho privado para los cuales el Decreto 222 de 1983 exige el cumplimiento de requisitos especiales, deberán someterse a ellos sin que este hecho cambie su naturaleza privada. // Igualmente se regirán por las normas del Decreto 222 de 1983 los contratos de obras públicas y empréstito que celebre la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. – Ecosalud S.A.-, así como también aquellos celebrados con otras entidades públicas.”*

<sup>15</sup> Así reza el artículo 104 del Acuerdo 17 de septiembre de 1991 emanado del Consejo Directivo de ECOSALUD: *“CAPITULO XI Contrato para la explotación del monopolio rentístico creado por la Ley 10 de 1990. Artículo 104. De la definición. Es el contrato por*

Toda vez que al contrato 018 de 1993 le eran aplicables, preponderantemente, aquellas reglas usuales para los contratos celebrados entre particulares, es importante precisar que, para el caso, la legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil, toda vez que ECOSALUD no sólo desarrollaba actividades comerciales y se encontraba inscrita en el registro mercantil (folios 1 al 4 del cuaderno No. 2), si no que la firma con la cual se celebró el correspondiente contrato para la explotación del juego de suerte, esto es KENO S.A., también era comerciante, organizada como sociedad comercial del tipo de las anónimas (artículo 100 C. de Co.), debidamente inscrita en el registro mercantil (artículo 13-1 C. de Co.) y, por su parte, ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., además de ser comerciante, en calidad de sociedad anónima (artículos 13-1 y 100 C. de Co.), se dedicaba profesionalmente, autorizada por el Estado (Superintendencia Bancaria), al ejercicio y desarrollo de la actividad aseguradora, catalogada expresamente como mercantil por el numeral 10 del artículo 20 del Estatuto de los Comerciantes.

Al respecto se ha pronunciado la Jurisprudencia de esta Corporación<sup>16</sup>:

*“c. La legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil. Así se desprende, por una parte, del artículo 1º del C. de Co., según el cual “[l]os comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas” (analogía interna), y por otra, de lo dispuesto en su artículo 2º, que remite expresamente a las normas del Código Civil, cuando se trate de cuestiones comerciales que no puedan regularse conforme a la regla anterior. De igual manera, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 822, según el cual “[l]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”. (Se subraya).*

*“Establece el mismo código, por lo demás, que “[s]on comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles” (artículo 10), y que, para todos los efectos legales, se presume que una persona ejerce el comercio, entre otros casos, “[c]uando se halle inscrita en el registro mercantil” (artículo 13 numeral 1º).”*

*A lo anterior debe agregarse que en la medida en que no existe norma legal que disponga en sentido contrario para las relaciones contractuales en las cuales intervienen o participan entidades de*

---

*medio del cual Ecosalud S.A., en calidad de administradora y explotadora del monopolio rentístico creado por virtud del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, y sin perder dicha titularidad, entrega a una persona especializada, natural o jurídica, la explotación y administración de una determinada modalidad de juego o apuesta de suerte y azar.”*

<sup>16</sup> Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 9 de 2003, expediente 13.412, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

*naturaleza pública, también será aplicable entonces el mandato consagrado en el artículo 22 del Código de Comercio, según el cual “si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.*<sup>17</sup>

*Ahora bien, es necesario tener presente que cuando la Administración Pública celebra contratos a los cuales se aplican preponderantemente aquellas reglas que son propias de los contratos que celebran los particulares, no puede afirmarse que tales contratos sean en estricto sentido contratos de derecho privado, es decir, iguales a los que celebran los particulares, pues, el hecho de que sean celebrados por una entidad pública implica, de por sí, la aplicación de una serie de reglas propias del derecho público, tales como las relativas a la competencia<sup>18</sup>, las que determinan la formación de la voluntad y aquellas que regulan la forma, entre otras; entonces, se puede afirmar que tales contratos son fundamentalmente actos jurídicos mixtos que estarían regidos de un lado por el derecho público (competencia, voluntad y forma) y de otro lado por el derecho privado (efectos de las obligaciones, consentimiento, objeto), lo cual también puede afirmarse de los llamados contratos administrativos<sup>19</sup>, tal como lo ha reconocido la Jurisprudencia de esta Corporación<sup>20</sup>:*

*“En todo contrato existen ciertos requisitos: Los de su esencia, que no pueden faltar so pena de que no exista o que se dé otro convenio no querido; los de la naturaleza, que se entienden pertenecerle sin*

---

<sup>17</sup> Cita original: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo 13 de 1988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>18</sup> A la competencia se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “(...) conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. // Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 20 de 2005. Radicado 14.579. CP. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>19</sup> Cita original: Los profesores García de Enterría y Fernández anotaron sobre este tema: “El régimen jurídico de los contratos administrativos no es, por tanto, unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. // Algo parecido ocurre con la regulación de fondo de los contratos privados de la Administración, en los que, al amparo de la libertad de pactos que reconoce el artículo 4 de la Ley, puede la Administración incluir las cláusulas que estime convenientes a los fines administrativos a los que el contrato sirva en cada caso”.(FERNÁNDEZ Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas. 1995. Pág.675).

<sup>20</sup> Cita original: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del trece de mayo de 1998. CP. Carlos Betancur Jaramillo.

*necesidad de cláusula especial, pero que no son de su esencia; y los accidentales que se convienen mediante cláusulas especiales, pero que ni esencial ni naturalmente le pertenecen.*

*“Ahora, bien, en los contratos administrativos igualmente concurren esos requisitos. El hecho de que estén regulados en principio, por normas de derecho público, no desvirtúa este aserto, porque las que contemplan el efecto de las obligaciones en general emanadas de estos, así como las que regulan el consentimiento válido, el objeto y la causa lícitos se regirán por las normas del derecho privado (civil o comercial).*

*“Lo precedente le ha permitido a la doctrina afirmar que en el campo de la contratación pública no existen contratos exclusivamente regulados por el derecho público.*

*“Nadie puede negar que así como el contrato privado lealmente celebrado es ley para las partes (art. 1602 del C. C.). así lo es el administrativo; que unos y otros deberán ejecutarse de buena fe (1603 ibídem); que en ambos se puede dar el evento de la mora en casos de incumplimiento o el enervamiento de sus efectos en los eventos del artículo 1609; que la indemnización de perjuicios comprende, por regla general, el daño emergente y el lucro cesante y se debe desde que el deudor esté constituido en mora.*

*“Estos principios operan por mandato legal y se entienden vinculados al contrato, aunque no se hayan expresamente pactado. Puede afirmarse que son elementos comunes, de la naturaleza de todo contrato privado o administrativo.”*

*Así pues, acatando la tesis de que no existen en estricto sentido contratos celebrados por la Administración Pública que se rijan totalmente por el derecho privado, se puede concluir que al contrato 018 de 1993 le eran aplicables, además de las reglas propias de los contratos celebrados por los particulares, las normas del Código Contencioso Administrativo que hacen referencia a la competencia, a la formación de la voluntad y a las ritualidades y formalidades propias del Derecho Administrativo.*

En consecuencia, el régimen jurídico del contrato jurídico en estudio es principalmente privado, salvo lo dispuesto para las actuaciones administrativas, la formación de la voluntad y las ritualidades y formalidades propias del derecho administrativo.

### **3.2. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos

fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por la demandada, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido<sup>21</sup>. De las cuales se tiene:

3.2.1. El 12 de marzo de 1992, ECOSALUD S.A. y el consorcio integrado por las firmas Scientific Games Inc., PKI Associates Inc. y Daibutsu Inc. suscribieron el contrato de concesión 003 para la operación y manejo del juego de azar “*La Instantánea*” (fls. 217 a 245, c. 2, copia simple allegada por ECOSALUD S.A.)<sup>22</sup>. En lo pertinente pactaron:

#### *CAPÍTULO I* *OBJETO Y TÉRMINO DEL CONTRATO*

*CLÁUSULA SEGUNDA. PLAZO: El presente contrato tendrá una vigencia de cinco (5) años contados a partir de los tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción. Durante los tres (3) meses antes indicados, el CONTRATISTA se obliga a organizar la estructura operativa y empresarial que asegure la operación del juego. Este contrato podrá prorrogarse por acuerdo mutuo de las partes que deberá consignarse por escrito (...).*

#### *CAPÍTULO II*

##### *ASPECTOS TÉCNICOS Y OPERATIVOS*

*CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. PUBLICIDAD INSTITUCIONAL. Del monto del presupuesto anual para campañas publicitarias, el CONTRATISTA destinará un 6.25% para publicidad institucional diseñadas y contratada por ECOSALUD, dirigida a divulgar las actividades, programas, inversiones y ejecutoria adelantadas con los recursos provenientes de la explotación del juego “LA INSTANTÁNEA”.*

*CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. PRESUNCIÓN DE EXPLOTACIÓN. En concordancia con lo estipulado en la cláusula 2ª de este instrumento, se presume que la explotación del juego “LA INSTANTÁNEA” se inicia en la fecha que precisa el acto administrativo mediante el cual se otorga el permiso de explotación. Este se expedirá dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del contrato, previo el cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo 018 de 1991 sobre este particular. En consecuencia, los plazos para las transferencias del producto del juego a ECOSALUD pactadas en el presente contrato, comenzarán a regir a partir de la fecha señalada en dicho acto administrativo (...).*

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>22</sup> Efectivamente, se allegaron a través de comunicación 639305 del 3 de mayo de 2001 dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 26, c. 2).

*CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD Y CESIÓN DEL CONTRATO. Para cumplir con las obligaciones contractuales relativas a la operación y administración del juego "LA INSTANTÁNEA", el CONTRATISTA se obliga a constituir en Colombia dentro de los treinta días calendario siguientes a la fecha de suscribirse por las partes el presente contrato, una sociedad anónima cerrada cuyo capital suscrito al momento de la constitución será de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000), de los cuales deberá estar pagado el 50% al momento de iniciarse la operación del juego. Su duración no podrá ser inferior al término del contrato y un año más y su objeto social estará circunscrito al objeto de este contrato (...).*

*Dentro de los tres (3) meses indicados en la cláusula 2ª de este documento, el CONTRATISTA deberá ceder el presente contrato en lo correspondiente a la operación y administración del juego, a la sociedad así constituida que para tal efecto montará y organizará su estructura empresarial para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales cedidas.*

*PARÁGRAFO PRIMERO. La cesión del contrato a la sociedad constituida de acuerdo con lo dispuesto en esta cláusula, no libera a los cedentes, SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC. y DAIBUTSU INC., denominados como el CONTRATISTA, de la responsabilidad que adquieran frente a ECOSALUD. Por lo tanto, los cedentes continuarán solidariamente responsables junto con el cesionario ante ECOSALUD, por el cumplimiento de todas las obligaciones del CONTRATISTA bajo este contrato y durante toda su vigencia y prórrogas.*

### *CAPÍTULO III ASPECTOS ECONÓMICOS*

*VIGÉSIMA TERCERA: DESTINACIÓN DE LOS RECAUDOS. Para efectos de aplicar los porcentajes contemplados en la Ley 10 de 1990, se establecerán los siguientes conceptos de distribución de los recaudos efectuados sobre las ventas brutas:*

#### *CONCEPTO*

<i>-Precio de venta al público del boleto</i>	<i>100.0</i>
<i>-Descuento de venta a distribuidores y vendedores</i>	<i>8.00</i>
<i>-Traslado al fondo de premios</i>	<i>50.00</i>
<i>-Remuneración del CONTRATISTA</i>	<i>11.04</i>
<i>-Producto del juego que se transfiere a ECOSALUD</i>	<i>30.96</i>

*PARÁGRAFO: Se observarán los porcentajes y distribución aquí relacionados, en la medida que se incremente el precio del boleto (...).*

*CLAÚSULA VIGÉSIMA CUARTA: DESCUENTO DE VENTAS. Sobre las ventas brutas, el CONTRATISTA destinará el 8% como descuento de ventas a sus distribuidores y vendedores no vinculados directa o indirectamente al CONTRATISTA, quedando a cargo de éste cualquier otro descuento o comisión (...).*

*CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA. REMUNERACIÓN DEL CONTRATISTA. El CONTRATISTA recibirá como única retribución por la*

*ejecución del presente contrato, un 11.04 de las ventas brutas. Esta remuneración se pagará semanalmente durante los primeros seis (6) meses de operación del juego "LA INSTANTÁNEA" y posteriormente en forma quincenal hasta la terminación del plazo, descontando en cualquier caso la comisión de ECOSALUD a que se refiere la cláusula 26ª.*

*CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA. COMISIÓN DE ECOSALUD. De la remuneración pactada a favor del CONTRATISTA conforme a la cláusula 25ª del presente documento, éste destinará el equivalente al 0.92% de las ventas brutas, como comisión para ECOSALUD, a título de derecho no reembolsables por (sic) otorgar la operación del juego y por el uso de marcas registradas de propiedad de ECOSALUD. Esta comisión se pacta y liquida por períodos semestrales y se cancela en forma mensual así:*

*a) Primer semestre de operación del juego–1992, la suma de UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$1.380.000.000) o lo que resulte de liquidar el 0.92% de las ventas brutas del semestre, que se calculan inicialmente en CIENTO CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$150.000.000.000), pagaderos como sigue:*

*1. Anticipo no reembolsable del 15% sobre la suma de UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$1.380.000.000), o sea la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000), al momento de la suscripción del presente contrato.*

*2. El saldo, o sea la suma que resulte de la correspondiente liquidación de las ventas brutas efectivamente realizadas que no puede ser inferior a UN MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS (\$1.173.000.000) en cinco (5) cuotas mensuales iguales y sucesivas que deben cancelarse en los cinco (5) primeros días de cada mensualidad, a partir del quinto mes de suscripción del presente contrato.*

*b) Para los semestres de operación restantes, la comisión de ECOSALUD se pagará en la siguiente forma:*

*1. Anticipo del 50% al inicio de cada semestre, calculado sobre las ventas brutas del semestre inmediatamente anterior.*

*2. El saldo, en seis (6) cuotas mensuales iguales y sucesivas, pagaderas dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del mes siguiente (...).*

*CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA. TRANSFERENCIA DEL PRODUCTO DEL JUEGO. El CONTRATISTA se obliga a transferir a ECOSALUD el 30.96% de las ventas brutas efectuadas, así:*

*1. Del total de las ventas brutas mensuales efectuadas dentro del territorio colombiano, el CONTRATISTA pagará mensualmente a ECOSALUD un equivalente al 30.96% de las mismas, para que ECOSALUD pueda cumplir con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 43 de la Ley 10 de 1990.*

*2. Del porcentaje anterior, semanalmente se obliga a transferir como mínimo una suma de dinero equivalente al 25% de las ventas brutas de cada semana.*

*De todas maneras el CONTRATISTA garantiza transferir a ECOSALUD como valor mínimo anual, una suma de dinero que equivale al 30.96% del 70% del valor de las ventas brutas anuales establecidas en el presupuesto para el respectivo año de operación, aprobado según la cláusula 31ª, teniendo en cuenta cualesquiera (ilegible) sobrevivientes en el precio de venta del boleto.*

*Durante la vigencia del contrato, la transferencia mínima anual garantizada, no podrá ser inferior a la transferencia mínima garantizada para el año de operación inmediatamente anterior (...).*

*PARÁGRAFO TERCERO. Los pagos mínimos indicados en la presente cláusula estarán amparados con un TÍTULO EJECUTIVO suscrito por el CONTRATISTA al momento de la firma de este contrato que podrá hacerse efectivo por el 5% de la diferencia que resulte entre la transferencia mínima garantizada para el correspondiente año y la suma efectivamente transferida a ECOSALUD, resultante de aplicar la cláusula 27ª. Sobre una venta bruta de DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS MIL BOLETOS (258.400.000) o sobre una venta bruta de boletos superior a este última.*

*Si la transferencia anual efectuada por el CONTRATISTA fuere inferior al producto del juego resultante de una venta bruta de DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS MIL BOLETOS (258.400.000), ECOSALUD podrá cobrar bajo el TÍTULO EJECUTIVO la suma de CINCO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$5.000.000) o su equivalente en pesos colombianos de acuerdo a la tasa de referencia del mercado cambiario vigente el día del pago.*

*El TÍTULO EJECUTIVO podrá hacerse efectivo por la vía ejecutiva, bastando como evidencia de la suma líquida, expresa y exigible por este medio, la certificación que expidiere la auditoría del contrato pactada en la cláusulas 37ª a 40ª, respecto del presupuesto, liquidación y monto de la transferencia anual correspondiente efectuada por el CONTRATISTA, o cualesquiera documentos que sirvieran de soporte de tal suma (...).*

*CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA. MANEJO DE FONDO Y BOLETOS, PAGOS, RECUADOS, RENDIMIENTO Y TRANSFERENCIAS (...).*

*ECOSALUD será beneficiaria en estos contratos de todos los rendimientos que se generan en virtud de su ejecución, de las transferencias por el 30.96% estipuladas en la cláusula 27ª del presente contrato y de la comisión pactada en la cláusula 26ª del mismo (...).*

## *CAPÍTULO VI GARANTÍAS*

*CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA PRIMERA GARANTÍAS. El CONTRATISTA otorgará dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la firma del presente contrato, las siguientes pólizas de seguros, expedidas por una compañía legalmente establecida en Colombia:*

*a) Una póliza de cumplimiento por la suma de CUATRO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$4.000.000) o*

su equivalente en pesos colombianos de acuerdo a la tasa de referencia del mercado cambiario vigente al día de pago que ampare el cumplimiento y la ejecución de todas y cada una de las obligaciones adquiridas por el CONTRATISTA en virtud de este instrumento, salvo la relativa a las transferencias mínimas acordadas en la cláusula 27ª del presente contrato la cual es objeto de garantía conforme se prevé en el párrafo tercero de la misma cláusula. Esta póliza estará vigente durante todo el término del contrato incluidas sus prórrogas y un año más y garantiza además el pago de la cláusula penal y de las multas impuestas por ECOSALUD (...).

## **CAPÍTULO VII**

**CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA SEGUNDA. CADUCIDAD. ECOSALUD** podrá declarar la caducidad del contrato por las siguientes causales (se relacionan) (...).

**CLAÚSULA CUADRAGÉSIMA TERCERA. PENAL PECUNIARIA.** En caso de incumplimiento del contrato por parte del CONTRATISTA, o de declaratoria de caducidad, ECOSALUD podrá exigir a título de pena, la suma de CUATRO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4.000.000) o su equivalente en pesos colombianos de acuerdo a la tasa de referencia del mercado cambiario vigente al día de pago que se imputará al pago parcial pero definitivo de los perjuicios que se ocasionen a ECOSALUD.

Tal pena se hará efectiva por ECOSALUD y el acto que la fije prestará mérito ejecutivo contra el CONTRATISTA y sus garantes, sin perjuicio de hacer efectivas las garantías consagradas en la cláusula 41ª de este contrato.

**PARÁGRAFO PRIMERO.** En caso de declararse la caducidad del contrato, en la resolución que la declare se ordenará hacer efectiva la suma pagada a título de pena.

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** No obstante la estipulación de esta cláusula penal pecuniaria, ECOSALUD no queda obligada a hacerla efectiva y en consecuencia podrá prescindir de su aplicación y perseguir judicial y extrajudicialmente la obligación principal y/o las subsidiarias y el pago de los perjuicios correspondientes.

**CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA CUARTA. MULTAS.** Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad del contrato y de la cláusula penal pactada, ECOSALUD podrá con el fin de apremiar el cumplimiento de las obligaciones que el CONTRATISTA incumpla, imponer multas sucesivas diarias (...).

## **CAPÍTULO VIII ARBITRAMENTO**

**CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA NOVENA. ARBITRAMENTO.** Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación, diferente de la regulada en la cláusula 50ª y de la atinente a la declaratoria de caducidad que será del conocimiento de la Jurisdicción

*Contencioso Administrativa, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento (...).*

## **CAPÍTULO IX** **LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO**

*CLÁUSULA QUINCUAGÉSIMA PRIMERA. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. En cualquiera de los eventos que pongan fin al presente contrato, se procederá a su liquidación en forma definitiva, levantándose el acta o las actas a las que haya lugar, en la (s) cual (es) se determinará (n) las obligaciones a cargo de las partes. Si no hubiera acuerdo para liquidar el contrato, previo informe del comité operativo, quedará en firme la liquidación realizada por ECOSALUD que se expedirá por medio de resolución motivada, contra la cual operará el recurso de reposición. Los saldos que quedaren a cargo del CONTRATISTA serán cubiertos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a aquél en que ECOSALUD le presente la respectiva cuenta de cobro. El acta final de liquidación prestará mérito ejecutivo contra el CONTRATISTA y sus garantes por las obligaciones económicas que resultaren a su cargo, sin más requisitos que su presentación para el cobro; en consecuencia, el CONTRATISTA renuncia desde ahora a los requerimientos para el pago y para quedar constituido en mora (fls. 219, 223, 224, 226 a 229, 234, 235, 237, 239 y 240, c. 2).*

3.2.2. En la misma fecha, Scientific Games Inc., PKI Associates Inc. y Daibutsu Inc. constituyeron título ejecutivo a favor de ECOSALUD S.A. por valor de US\$5.000.000, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo tercero de la cláusula vigésima séptima (fls. 13 y 14, c. 2, copia simple no tachada por la parte demandada).

3.2.3. Por medio de la escritura pública 630 del 6 de abril de 1992 de la Notaría 16 del Círculo Notarial de Bogotá se constituyó la sociedad comercial anónima Wintech de Colombia S.A., a quien le fue cedido el contrato en estudio (fl. 100, c. 3)<sup>23</sup>, en cumplimiento de lo dispuesto en su cláusula décima octava.

3.2.4. El 9 de septiembre de 1992, mediante resolución 225, ECOSALUD S.A. impuso multa a la sociedad Wintech de Colombia S.A. por valor de \$54.707.520, debido (i) al incumplimiento de poner a disposición de la primera los elementos informáticos para desarrollar las labores de auditoría (cláusula trigésima segunda, numerales 5 y 6); (ii) por no otorgar póliza de

---

<sup>23</sup> Según texto de la resolución 225 del 9 de septiembre de 1992, por medio de la cual ECOSALUD S.A. impuso multa a Wintech de Colombia S.A., aportada en copia auténtica.

responsabilidad civil por errores u omisiones en la modalidad de rifas, juegos y espectáculos (cláusula cuadragésima primera, literal c) y (iii) la mejora de su oferta (cláusula sexagésima octava). Asimismo, se ordenó hacer exigible la sanción a la compañía de Seguros del Estado como garante (fls. 100 a 103, c. 3, copia auténtica)<sup>24</sup>.

3.2.5. El 30 de junio de 1993, la contadora, tesorero y auditor de ECOSALUD S.A. certificaron que se le adeudaba por (i) concepto de comisión la suma de \$800.751.048,37; (ii) transferencias \$56.537.617.809,90 y por publicidad \$562.500.000 (fls. 98, 99 y 115, c. 2, copias simples).

3.2.6. El 1 de julio de 1993, a través de la resolución 0246<sup>25</sup>, ECOSALUD S.A., declaró la caducidad del contrato de concesión 003 de 1992, así:

**1. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTIPULADA EN LA CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA: TRANSFERENCIA DEL PRODUCTO DEL JUEGO (...)**

*De la cláusula transcrita se desprende en forma inequívoca, que el CONTRATISTA contractualmente se obligó a hacer una transferencia mínima anual de sesenta y cinco mil dieciséis millones de pesos (\$65.016.000.000), en favor de ECOSALUD durante el primer año de operaciones, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 43 de la ley 10ª de 1990 y como finalidad última del contrato 003 de 1992.*

*Terminado el primer año de operaciones el día 12 de junio del presente año, según lo establecido en las cláusulas segunda y décima sexta del*

---

<sup>24</sup> Esta decisión fue modificada mediante resolución 0037 del 5 de febrero de 1993, en el sentido de revocar la exigibilidad a la compañía Seguros del Estado, en tanto no afianzó a Wintech de Colombia S.A. sino al consorcio que originalmente suscribió el contrato *sub judice*. En lo demás se confirmó la sanción (fls. 159 a 165, c. 3, copia simple allegada por ECOSALUD S.A. en respuesta a requerimiento del *a quo*, fls. 112 y 113, c. 3). Frente a esta decisión se denegó solicitud de revocatoria directa presentada por Daibutsu Inc. (resolución 209 del 4 de junio siguiente, fls. 39 a 43, c. 2, copia simple). Por resolución 138 del 20 de abril de 1993, la demandada declaró la responsabilidad solidaria de las sociedades Scientific Games Inc., PKI Associates Inc. y Daibutsu Inc. en relación con la multa impuesta a Wintech de Colombia S.A. (fls. 166 a 168, c. 3, copia simple allegada por ECOSALUD S.A. en respuesta a requerimiento del *a quo*). Decisión confirmada a través de la resolución 0239 del 29 de junio del mismo año (fls. 170 a 182, c. 2, copia simple).

<sup>25</sup> Dicha resolución fue aclarada oficiosamente en su artículo 4, mediante resolución 263 del 15 de julio de 1993 y confirmada, mediante resolución 493 del 15 de octubre del mismo año, al desatar los recursos presentados por Wintech de Colombia S.A., Scientific Games Inc., Daibutsu Inc. y seguros del Estado S.A (fls. 64 a 79, c. 3, copia auténtica).

*contrato, el mínimo garantizado de transferencias no ha sido cumplido por parte del CONTRATISTA. A la fecha de la presente resolución tan sólo ocho mil cuatrocientos setenta y ocho millones trescientos ochenta y dos mil ciento noventa pesos con nueve centavos (\$8.478.382.190.09) han sido transferidos. Así pues, ni aún considerando el día 26 de junio de 1993 como fecha para contar el primer año de operaciones, el CONTRATISTA ha alcanzado los mínimos aludidos; según así lo ha certificado la Auditoría del contrato (KPMG PEAT MARWICK) con fecha treinta (30) de junio del presente año (...).*

## **2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTIPULADA EN LA CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: COMISIÓN DE ECOSALUD (...)**

*De manera que ha existido, por una parte incumplimiento parcial y por la otra mora, con respecto a las aludidas obligaciones contractuales. Sobre el monto y las fechas en que fueron pagadas las comisiones y sobre aquellas que aún que fueron pagadas las comisiones y sobre aquellas que aún no lo han sido, véase además las correspondientes certificaciones expedidas tanto por la auditoría del contrato, cuyo texto anteriormente se transcribió, como por la Contadora, el Tesorero y el Auditor de ECOSALUD S.A.*

## **3. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LOS SORTEOS Y DE PAGAR LOS PREMIOS Y EL PORCENTAJE DE PUBLICIDAD, SEGÚN LO PACTADO EN LAS CLÁUSULAS PRIMERA: OBJETO, DECIMAQUINTA: PUBLICIDAD INSTITUCIONAL Y CUARTA: EMISIÓN, VALOR Y DISEÑO DE LOS BOLETOS, ESTRUCTURA Y PAGO DE PREMIOS. (...)**

*El CONTRATISTA sólo realizó el primer sorteo y lo hizo en fecha diferente a la pactada; con respecto a los tres (3) restantes, ECOSALUD S.A. requirió al CONTRATISTA para que cumpliera con sus obligaciones contractuales a través de las comunicaciones Nos. 1410, 1584 y 1583, de mayo 25 de 1993, la primera, y de junio 11 de 1993, las dos restantes. Como única respuesta, el CONTRATISTA, expresó la confirmación de sus incumplimientos. (...)*

*En cuanto al porcentaje de publicidad institucional, establecido en la Cláusula Décima Quinta del Contrato No. 003 de 1992, el CONTRATISTA se obligó a destinar para publicidad institucional el 6.25% del 3% de las ventas brutas de "La Instantánea"; obligación que para el primer año de operaciones asciende a la suma de QUINIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$562.500.000). A la fecha de expedición de la presente resolución el CONTRATISTA no ha cancelado valor alguno por este concepto, resultando un saldo a su cargo por esa misma cantidad.*

*Por otra parte, el CONTRATISTA no ha pagado los premios a los ganadores. De los sorteos mencionados, en efecto no se ha pagado a los ganadores de la clave establecida en el documento de fecha 15 de enero de 1993, correspondiente a los juegos 3 y 4 de "LA INSTANTÁNEA". (...)*

*Por último, el CONTRATISTA tampoco ha observado el procedimiento de liquidación de los juegos 1 y 2 de la "La Instantánea", conforme la auditoría del contrato ha podido constatarlo e informarlo a ECOSALUD S.A., lo que constituye otro abierto incumplimiento de las obligaciones contractuales y el no acatamiento de las reiteradas directrices y llamadas de atención que le ha hecho ECOSALUD.*

#### **4. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTIPULADA EN LA CLÁUSULA TRIGÉSIMA NOVENA: INFORMES Y ESTADOS FINANCIEROS**

*También se ha incumplido esta obligación contractual puesto que a la fecha de la presente Resolución, no se han remitido los balances de prueba y estados de juegos 3 y 4 correspondientes a los meses de abril y mayo de 1993 por parte del CONTRATISTA, a pesar del requerimiento de ECOSALUD S.A. mediante comunicación No. 1243 de mayo 11 de 1993.*

*Según los informes de la Auditoría del Contrato, (marzo 19 de 1993) los Estados Financieros del CONTRATISTA presentados a 31 de diciembre de 1992, no son confiables. Los Estados Financieros de enero, febrero y marzo fueron presentados extemporáneamente y los correspondientes a los meses restantes no han sido presentados, pese a las varias comunicaciones de ECOSALUD S.A. requiriéndolos (fls. 53, 57, 60 a 62, c. 3, copia auténtica).*

En su parte resolutive, el mencionado acto administrativo dispuso:

*ARTÍCULO PRIMERO: Declárese la caducidad del contrato 003 de 1992 suscrito entre la EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S.A. – ECOSALUD S.A. y el consorcio conformado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC. y DAIBUTSU INC. y posteriormente cedido a la sociedad WINTECH DE COLOMBIA S.A., con fundamento en las causales señaladas en la parte motiva de la presente resolución.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Declárese la responsabilidad solidaria de las firmas cedente y cesionaria del contrato 003 de 1992, en cuanto a las obligaciones insolutas y las que se derivan de la declaratoria de caducidad del presente contrato, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo primero de la cláusula décima octava.*

*PARÁGRAFO 1º: La presente resolución presta mérito ejecutivo contra el consorcio SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC. y DAIBUTSU INC. y/o WINTECH DE COLOMBIA S.A. y la respectiva compañía garante.*

*PARÁGRAFO 2º: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del decreto extraordinario 222 de 1983, la firma Wintech de Colombia S.A. y el consorcio conformado por Scientific Games Inc., PKI Associates Inc. y Daibutsu Inc. no podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona, durante el término de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, con las entidades a que se refiere dicho decreto.*

*ARTÍCULO TERCERO: Ordénase hacer efectivas las multas decretadas y la totalidad del valor de cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula cuadragésima tercera del contrato 003 de 1992, los cuales se tomarán directamente de la garantía que se señala en el artículo cuarto de la presente resolución.*

*ARTÍCULO CUARTO: Ordénase hacer efectiva la garantía de cumplimiento pactada en el literal a) de la cláusula cuadragésima primera del contrato 003 de 1992, por un valor de cuatro millones de dólares de América (US\$\$4.000.000), otorgada por la compañía Seguros del Estado S.A. mediante póliza No. 928662 de fecha doce (12) de marzo de 1992 con certificado de modificación No. 209756 de fecha 15 de mayo de 1992<sup>26</sup>.*

*ARTÍCULO QUINTO: Ordénase hacer efectivo el título ejecutivo de fecha 12 de marzo de 1992 suscrito solidariamente por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC. y DAIBUTSU INC. y al que adhirió la sociedad WINTECH DE COLOMBIA S.A., el cual está previsto en la cláusula vigésima séptima del contrato 003 de 1992.*

*ARTÍCULO SEXTO: En firme la presente resolución, procédase a la liquidación final del contrato (se subraya) (fls. 62 y 63, c. 3, copia auténtica).*

3.2.7. El 13 de julio de 1993, ECOSALUD, mediante comunicación dirigida a la sociedad actora, le manifestó que “[h]e registrado con sorpresa su inasistencia a la reunión fijada para el día de hoy, 13 de julio a las cuatro de la tarde, la cual tenía por finalidad precisar las materias para el Tribunal de Arbitramento que Ustedes deseaban instaurar” (fl. 58, c. 2, copia simple).

3.2.8. El 21 de julio siguiente, la sociedad Wintech de Colombia S.A. solicitó a la Superintendencia de Sociedades la admisión al trámite de concordato preventivo obligatorio (fls. 60 a 64, c. 2, copia simple). El 2 de agosto se admitió la solicitud (fls. 65 a 77, c. 2, copia simple).

3.2.9. El 31 de enero de 1994, ECOSALUD S.A. y Seguros del Estado suscribieron acta de conciliación de las diferencias jurídico-económicas surgidas como consecuencia de la imposición de multas y la declaratoria de

---

<sup>26</sup> Mediante resolución 0263 del 15 de julio de 1993 se adicionó así: “Ordénase hacer efectiva la garantía de cumplimiento pactada en el literal a) de la cláusula cuadragésima primera del contrato 003 de 1992, por un valor de cuatro millones de dólares de América (US\$\$4.000.000), otorgada por la compañía Seguros del Estado S.A. mediante póliza No. 928662 de fecha doce (12) de marzo de 1992 con **certificados de modificación No. 209756 y 107611 de fechas 15 de mayo de 1992 y 2 de marzo de 1993, respectivamente**” (fl. 64, c. 3, copia auténtica).

caducidad del contrato de concesión 003 de 1992, en los siguientes términos (fls. 47 a 51, c. 3)<sup>27</sup>:

*PRIMERO: Dejar en suspenso respecto de la aseguradora y siempre y cuando se encuentre cumpliendo las obligaciones contraídas en virtud de la presente conciliación, el cobro coactivo de las sumas a que se refieren las resoluciones No. 225 de septiembre 09 de 1992, 0337 de febrero 05 de 1993, 0138 de abril 20 de 1993, 0239 de junio 29 de 1993, 0246 de julio 1 de 1993, 0263 de julio 15 de 1993 y 0493 de octubre 15 de 1993, y por su parte SEGUROS DEL ESTADO S.A., se compromete a no adelantar proceso alguno respecto de los citados actos administrativos. SEGUNDO: SEGUROS DEL ESTADO S.A. reconoce y pagará a ECOSALUD S.A. la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL DÓLARES DE AMÉRICA (US\$2.400.000) en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., en la siguiente forma y fechas (se indica la cantidad y el término para el pago) (...): TERCERO: El hecho de que eventualmente la presente conciliación no fuere refrendada por el Delegado de la Procuraduría ante el Tribunal y aprobada por el Tribunal Administrativo, no significa que las razones que las dos partes han tenido para proponerla puedan tenerse como hechos ciertos e indiscutibles, y su apreciación, en caso de conflicto judicial, será sometida al juez competente. CUARTO: Esta conciliación producirá efectos una vez halle en firme con la refrendación y aprobación de las autoridades competentes, y se hará exigible a las partes, a partir de la fecha correspondiente a su firmeza el cumplimiento de las obligaciones contraídas en ella. Cumplidos por la aseguradora los acuerdos aquí establecidos, se entenderán extinguidas exclusivamente respecto de las obligaciones del pago de la multa y del pago de la cláusula penal pecuniaria antes mencionadas. QUINTO: El pago que haga la aseguradora no libera de responsabilidad a los demás deudores solidarios, en particular al consorcio conformado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC. y DAIBUTSU INC., de las obligaciones distintas a la multa impuesta y de la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la resolución No. 0246 del 1 de julio de 1993. (...) OCTAVO: ECOSALUD S.A. concede y reconoce a SEGUROS DEL ESTADO S.A., la subrogación de los derechos y acciones a su favor hasta concurrencia de la suma pactada en esta acta y contra SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC. y WINTECH DE COLOMBIA S.A., provenientes de la multa impuesta por resolución 0225 del 9 de septiembre de 1992 y de la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la resolución 0246 de julio 1 de 1993 (...) (fls. 49 a 51, c. 3, copia auténtica).*

3.2.10. El 2 de febrero de 1994, ECOSALUD S.A. dejó constancia de que Wintech de Colombia S.A., a través de comunicación 206 del 25 de enero del mismo año, manifestó su intención de no comparecer al trámite de

---

<sup>27</sup> Precisa recordar que Wintech de Colombia S.A. afirmó que esa conciliación no fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero que en todo caso se llevó a cabo contrato de transacción, con fundamento en el cual el 1 de noviembre de 1994 se pagó lo previamente conciliado (fl. 11 y 12, c. ppal).

liquidación del contrato hasta tanto se resuelvan los procesos adelantados en esta jurisdicción, así como el trámite concordatario (fls. 43 y 44, c. 2, copia auténtica).

3.2.11. El 18 de marzo siguiente, el interventor del contrato, el auditor interno y el jefe de la Oficina Jurídica de ECOSALUD suscribieron el acta de liquidación, en los siguientes términos:

#### V. LIQUIDACIÓN DE SALDOS A CARGO DEL CONTRATISTA

*De las cláusulas anteriormente mencionadas y de las demás consagradas en el contrato 003-92 y conforme a las resoluciones No. 246 del primero (1) de julio de 1993 y No. 493 de octubre quince (15) de 1993, y a la cláusula 51 del contrato 003-92, se procede a cuantificar las obligaciones dinerarias a cargo del CONTRATISTA (Consortio SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., y WINTECH DE COLOMBIA S.A.) a favor de ECOSALUD S.A.:*

*4.1. PUBLICIDAD INSTITUCIONAL. La cláusula 15ª del contrato 003-92 establece que del monto del presupuesto anual para campañas publicitarias el CONTRATISTA destinará un 6.25 para publicidad institucional diseñada y contratada por ECOSALUD S.A., de manera que el consorcio integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., P.K.I. ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., y/o cada uno de los mismo y la sociedad WINTECH DE COLOMBIA S.A. deben a ECOSALUD S.A. por concepto de publicidad institucional para el primer año de operación entre el 26 de junio de 1992 y el 25 de junio de 1993 según el siguiente detalle QUINIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$562.500.00.000).*

VENTAS PRESUPUESTADAS	\$300.000.000.000
PRESUPUESTO PUBLICIDAD PRIMER AÑO (3 DE A)	\$9.000.000.000
PRESUPUESTO PUBLICIDAD INSTITUCIONAL (6.25% DE B)	\$562.500.000
ABONOS	\$0
SALDO PUBLICIDAD PRIMER AÑO	\$562.500.000

*Son: QUINIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$562.500.000), correspondientes al período junio 26 de 1992 a junio 6 de 1993. Para el período siguiente, hasta la fecha de ejecutoria de la resolución (se refiere a la de caducidad) o sea de junio 27 de 1993 a noviembre 25 de 199, la liquidación se realiza con base en la venta bruta de la anualidad inmediatamente anterior, lo que resulta en VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$24.330.773,00), para un total por concepto de publicidad institucional de QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$586.830.773,00).*

4.2. COMISIÓN DE ECOSALUD S.A. De acuerdo con lo establecido en la cláusula décimo sexta del contrato en mención, EL CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., y WINTECH DE COLOMBIA S.A. debía cancelar a ECOSALUD S.A. los siguientes montos: junio 26 a diciembre 26 de 1992, la suma de UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.380.000.000). Para el período comprendido entre diciembre 27 de 1992 y junio 26 de 1993, corresponde una cifra de DOSICENTOS VEINTE MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA CON 50/100 DE PESOS M/CTE (\$220.052.370,50), liquidados con base en las ventas brutas del período inmediatamente anterior. Para el período del 27 de junio de 1993 al 26 de noviembre de 1993, la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SIETE PESOS M/CTE (\$55.389.007). Sumando los anteriores valores totalizan MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESO CON 50/100 M/CTE (\$1.655.441.377,50), de esta cifra, el CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A. canceló a ECOSALUD S.A. la suma de OCHOCIENTOS UN MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON 55/100 M/CTE (\$801.046.953,55), por lo cual queda un saldo por pagar a ECOSALUD S.A. de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTITRÉS PESO CON 95/100 M/CTE (\$854.394.423,95).

4.3. TRANSFERENCIAS DEL PRODUCTO DEL JUEGO. De acuerdo con el parágrafo de la cláusula vigésima séptima del contrato 003-92, el CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A., debió cancelar a ECOSALUD S.A. por concepto de transferencias del producto del juego con destino al sector salud la suma de SESENTA Y CINCO MIL DIECISÉIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$65.016.000.000,00), para el primer año de operaciones. Para el segundo año de operación, se estableció en la cláusula vigésima séptima, que durante la vigencia del contrato, la transferencia mínima anual garantiza, no podía ser inferior a la transferencia mínima anual garantizada para el año de operación inmediatamente anterior. Dando aplicación a la norma citada, el CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A., debió cancelar a ECOSALUD S.A., por el período comprendido entre el veintisiete (27) de junio de 1993 y el veinticinco (25) de noviembre de 1993 la suma VEINTISIETE MIL NOVENTA MILLONES DE PESOS M/TE (\$27.090.000.000) lo que daría un total por este concepto, durante el período total de vigencia del contrato, de NOVENTA Y DOS MIL CIENTO SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$92.106.000.000). De esta cifra el CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A. canceló a ECOSALUD S.A. la suma de OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTISÉIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESO CON 40/100 M/CTE (\$8.537.126.499,40); la diferencia a favor de ECOSALUD S.A. por concepto de transferencias mínimas garantizadas equivale a la

suma de OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS CON 60/100 M/CTE (\$83.568.873.500,60).

4.4. **RENDIMIENTOS FINANCIEROS.** De acuerdo con lo consagrado en la cláusula vigésima octava del contrato 003 de 1992, los rendimientos que se generasen en virtud de la ejecución de los contratos suscritos entre el CONTRATISTA y las entidades financieras, ECOSALUD S.A. sería el beneficiario. De acuerdo con las cifras disponibles en ECOSALUD S.A. a la fecha de la presente acta de liquidación, se presenta un saldo de cartera de mora, sumando los montos de cartera de derechos de explotación y transferencias del sector salud de UN MIL CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$1.137.698.692,00), de lo cual, una vez realizado el respectivo cálculo actuarial con base en las fechas de terminación de cada juego y la tasa promedio de oportunidad del mercado, la cual se calculó para el período de liquidación un uno punto noventa y cinco (1.95) mensual, resulta un monto de intereses dejados de recibir de DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE (\$275.507.751,00).

4.5. **PREMIOS.** De acuerdo con lo acordado por medio de los respectivos documentos de trabajo, para los juegos uno (1) y dos (2) se estableció un porcentaje del quince por ciento (15%) en premios mayores, calculado sobre la venta bruta. Para los juegos número tres (3) y cuatro (4), anualmente con base en los respectivos documentos de trabajo, y en concordancia con el memorando 383 del 17 de marzo de 1993, del interventor del contrato 003-92, dirigido al presidente de ECOSALUD S.A., se estableció que el fondo de premios corresponde al catorce punto veintitrés por ciento (14.23%) y veintidós punto diecisiete por ciento (22.17%) para los juegos tres (3) y cuatro (4) respectivamente, con respecto a la venta bruta. Por su parte, en los respectivos documentos de trabajo se estableció que el cinco punto trece (5.13) del porcentaje asignado a premios del juego tres (3) se destinaba a la GUACA MILLONARIA así como el nuevo punto sesenta y dos por ciento (9.62%) del juego número cuatro (4), porcentajes que ponderados equivalen al dos punto quince setenta y siete por ciento (2.1577%) del valor bruto de los boletos en el juego tres (3) y cuatro punto cero cuarenta y cuatro (4.044%) del valor bruto de los boletos para el juego cuatro (4). Como sólo se realizó uno de los sorteos de la GUACA MILLONARIA, existen remanentes en el valor del fondo de premios a favor de los jugadores, por razón de este hecho y por esa razón de los premios no cobrados, que equivalen a la cifra que se resume enseguida, y que, de acuerdo con lo consagrado en las cláusulas undécima y vigésima octava del contrato 003/92, hacen parte de los pasivos del CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A.:

<b>RUBRO</b>	<b>JUEGO 1</b>	<b>JUEGO 2</b>	<b>JUEGO 3</b>	<b>JUEGO 4</b>
VENTA BRUTA	19.058.742.500	9.077.747.500	2.673.199.000	333.700.000
PORCENTAJE	15.00	15.0	14.23	22.17
VALOR PREMIO	2.858.811.375	1.361.662.125	380.396.218	73.981.290
VALOR PAGADO	2.833.700.000	941.655.500	161.800.000	64.760.000

*Pasivos que, de acuerdo con el anterior resumen, equivalen a la cifra de SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SIETE PESOS M/CTE (\$652.935.507,00), resultado de la diferencia entre el porcentaje asignado a premios mayores y los premios efectivamente pagados.*

*4.6. LIQUIDACIÓN DE IMPUESTOS DE GANANCIAS OCASIONALES. La liquidación y recaudo del impuesto de ganancias ocasionales derivadas del pago de premios, correspondía efectuarla al CONTRATISTA y por consiguiente ECOSALUD S.A. podrá reclamar contra el CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A. cualquier responsabilidad que se le imputare en este sentido. Queda claro en consecuencia, que los impuestos por concepto de ganancias ocasionales en caso de reclamación de algún jugador, será responsabilidad del CONTRATISTA.*

*4.7. IMPUESTOS SOBRE EL JUEGO LA INSTANTÁNEA. La recaudación y pago de los impuestos, tasas o contribuciones del orden nacional o territorial, que se aplicaren con ocasión de la ejecución del juego LA INSTANTÁNEA, se pactó que eran de la exclusiva responsabilidad del CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A. quien se obliga en todo caso a mantener indemne a ECOSALUD S.A. por dicho concepto.*

*4.8. PENAL PECUNIARIA. La compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. garantizó el cumplimiento del contrato 003-92 y, para el efecto, expidió las pólizas Nos. 9286462 del doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992) con certificados de modificación No. 209756 de fecha quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), hasta por un valor de CUATRO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$4.000.000.000). La firma CONTRATISTA integrada SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A. incumplió en forma manifiesta varias de sus obligaciones contractuales fundamentales, lo que le acarreó en principio, que fuera sancionada con multa por un valor de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$54.707.520,00), de conformidad con lo señalado en las resoluciones números 225 de septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992) 0037 de febrero cinco (5) de mil novecientos noventa y tres (1993), 0138 de abril veinte (20) de mil novecientos noventa y tres (1993) y 0239 de junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y tres (1993) y que posteriormente, por haber incumplido el deber de efectuar las transferencias destinadas al sector salud, de pagar la comisión a ECOSALUD S.A., así como de realizar los sorteos y pagar los premios, pagar el porcentaje de publicidad institucional y de presentar informes y estados financieros el contrato se declaró caducado mediante las resoluciones números 0246 de julio primero (1) de mil novecientos noventa y tres (1993), 0263 de julio quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993), las cuales fueron confirmadas por resolución 0493 de octubre quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993).*

*En las resoluciones mencionadas, se ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento pactada en la cláusula cuadragésima primera del contrato 003-92 por un valor de CUATRO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$4.000.000), otorgada por la compañía SEGUROS*

DEL ESTADO S.A. a fin de cubrir el valor de las multas decretadas y la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, pactada en la cuadragésima tercera del contrato 003-92.

4.9. **MULTAS:** Que conforme a los señalado en el numeral 4.8 de la presente acta, la multa por valor de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$54.707.520.00) no ha sido pagada por el consorcio integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A.

4.10. **TÍTULO EJECUTIVO.** En cumplimiento al requisito establecido en el párrafo 3 de la cláusula vigésima séptima así como las cláusulas 37 a 40 del contrato 003-92 en lo que hace alusión a la certificación por parte de la auditoría externa del contrato, respecto al presupuesto, liquidación y monto de la transferencia anual correspondiente, ECOSALUD S.A. procederá a hacer efectivo por la vía ejecutoria del título de CINCO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$5.000.000) o su equivalente en pesos colombianos de acuerdo a la tasa de referencia del mercado cambiario vigente. La tasa representativa del mercado bancario vigente de acuerdo con el Banco de la República para el día 25 de noviembre de 1993, fue de OCHOCIENTOS ONCE PESOS CON SESENTA Y SIETE (\$811.67) pesos por dólar americano, lo cual implica un monto en pesos de CUATRO MIL CINCUENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE (\$4.058.350.000.00), conversión a pesos que se elaboró para la fecha correspondiente al 25 de noviembre de 1993, fecha de ejecutoria de la resolución, pero que podrá modificarse con base en la tasa representativa del mercado el día del pago.

#### 4.11. RESUMEN SALDOS A CARGO DEL CONTRATISTA.

Como consecuencia del incumplimiento del CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y WINTECH DE COLOMBIA S.A. de sus obligaciones para con el sector salud, se presentan de manera sucinta en el cuadro siguiente, los saldos a su cargo y a favor de ECOSALUD S.A. y pasivos con terceros.

<b>SALDOS A CARGO DEL CONTRATISTA</b>			
	<b>SALDO PERIODO</b>	<b>SALDO PERIODO</b>	<b>SALDO TOTAL</b>
A. OBLIGACIÓN CONTRACTUAL A FAVOR DE ECOSALUD S.A.	JUN. 26/92 – 93	JUN 26/93 –NOV 25/94	
4.1. PUBLICIDAD	\$562.500.000	\$24.330.773	\$586.830.773
4.2. COMISIÓN	\$799.005.417	\$55.389.007	\$854.394.424
4.3. TRANSFERENCIA	\$56.478.873.500	\$27.090.000.000	\$83.568.873.500
4.4. RENDIMIENTOS	\$194.476.060	\$81.031.691	\$275.507.751
4.9. MULTAS	\$54.707.520		\$54.707.520
4.10. TÍTULO EJE.	\$4.058.350.000		\$4.058.350.000
SUBTOTAL	62.147.912.497	\$27.250.751.471	\$89.398.663.968
B. OTROS PASIVOS CON TERCEROS	SALDO PERIODO	SALDO PERIODO	SALDO TOTAL
4.5. PREMIOS	\$652.935.507		\$652.935.507
TOTAL	62.800.848.004	\$27.250.751.471	\$90.051.599.475

Las obligaciones a pagar por parte del CONTRATISTA integrado por SCIENTIFIC GAMES INC., PKI ASSOCIATES INC., DAIBUTSU INC., Y

WINTECH DE COLOMBIA S.A. según la anterior liquidación corresponde a las siguientes sumas:

*Obligación a favor de ECOSALUD S.A. la suma de OCHENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$89.398.663.968).*

*Obligación a favor de terceros por concepto de premios la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SIETE PESOS M/CTE (\$652.935.507) (fls. 18 a 25, c. 2, copia auténtica).*

3.2.12. El 18 de marzo de 1994, mediante resolución 0222, ECOSALUD S.A. acogió el acta de liquidación citada (fls. 27 y rev., c. 3, copia auténtica).

### **3.3. DE LOS CARGOS FORMULADOS**

En aras a estudiar la totalidad de los cargos propuestos en esta instancia se procederá así:

#### **3.3.1. LA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1594 Y 1600 DEL CÓDIGO CIVIL.**

La actora aduce que se cobró simultáneamente la obligación principal y la cláusula penal pecuniaria, cuando las normas en cita lo prohíben y tampoco se pactó en tal sentido.

3.3.1.1. La cláusula penal pecuniaria, legalmente, se define como aquella a través de la cual el deudor, para asegurar el cumplimiento, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal (artículo 1592 del Código Civil); no obstante, antes de la mora del deudor, el acreedor sólo podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal. Una vez verificada<sup>28</sup>, es posible exigir la pena o la obligación principal, al arbitrio del acreedor, pero no simultáneamente, a

---

<sup>28</sup> En torno a la mora, el Código Civil prescribe: “ARTÍCULO 1595. <CAUSACIÓN DE LA PENA>. Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. // Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse”.

menos que “*que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado **que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal***” (artículo 1594 *ejusdem*)<sup>29</sup>. Tampoco se acumularán la indemnización de perjuicios y la pena, salvo pacto expreso en contrario (artículo 1600 *ejusdem*)<sup>30</sup>.

De lo expuesto se tiene que la cláusula penal pecuniaria no se limita a una función reparatoria, sino que dependiendo de su pacto y de la elección del acreedor frente a su exigibilidad, como ocurre en el presente asunto, puede tener diferentes facetas, a saber: (i) *de apremio o moratoria*, exigible por el simple retardo<sup>31</sup>; (ii) *reparatoria o indemnizatoria*, como estimación anticipada de perjuicios<sup>32</sup> y (iii) *punitiva*, en tanto lo es a título de sanción coercitiva<sup>33</sup>. Así lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia<sup>34</sup>:

---

<sup>29</sup> El artículo 1594 del Código Civil dispone: “**ARTÍCULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal**” (se destaca).

<sup>30</sup> El artículo 1600 del Código Civil establece: “**<PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>**. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”. En esa vía, el artículo 72 del Decreto Ley 222 de 1983 prescribía: “(...) El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”.

<sup>31</sup> En sentido contrario, ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Legis Editores S.A., Bogotá, 1999, p. 390, sostiene que: “En la contratación administrativa la cláusula penal tiene una función exclusivamente indemnizatoria o reparatoria, por simple consideración, que la finalidad compulsiva o de apremio para que el contratista cumpla sus obligaciones dentro del plazo estipulado, se logra a través de las multas que acuerdan las partes al celebrar el contrato”.

<sup>32</sup> Consejo de estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009, M.P. Enrique Gil Botero. Esta Corporación ha destacado principalmente el efecto reparatorio, indemnizatorio o compensatorio de la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos: “Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales<sup>32</sup>; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. En cuanto a esta última institución el Consejo de Estado ha expresado: // “De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria

1.2. *Examinada la regulación legal de la cláusula penal en el ordenamiento colombiano es menester asentar rotundamente y sin lugar a titubeos, que en el Código Civil no existe norma alguna del tenor del artículo 1229 francés, que explícita e invariablemente la conciba únicamente como la compensación de los daños padecidos por el acreedor o que circunscriba de algún modo su función en ese sentido.*

*Por el contrario, bien pronto el artículo 1592 ídem, siguiendo fielmente la tradición hispana, comienza por advertir que “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”, poniendo de presente, de manera palmaria, que también asume un carácter particularmente punitivo, aunque, obviamente, tampoco es el único.*

*A su vez, el artículo 1593 dispone que “... cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona”, prescripción que, además de subrayar el carácter sancionatorio de la dicha estipulación, no la ciñe al incumplimiento de la obligación principal, vale decir, la pretendida en últimas por el interesado, toda vez que ésta, por falta de consentimiento del tercero no se pudo ajustar.*

*Otro tanto ocurre con el artículo 1599 del C. Civil, el que dejando de lado sin reservas la función indemnizatoria de la cláusula penal, señala que “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”. Es irrefragable, entonces, que la reseñada regla acentúa enfáticamente en el aspecto afflictivo de la misma, al punto de ser ella exigible a pesar de que el acreedor no sufra mengua alguna por causa del incumplimiento del deudor o, incluso, que por alguna extraña razón resultó beneficiado.*

*En el mismo sentido, la parte final del artículo 1594 que faculta al acreedor cobrar la pena junto con la obligación principal, “a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda*

---

*de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista”.*

<sup>33</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Ob. cit., p. 368. Dicho autor sostiene frente a las sanciones coercitivas lo siguiente: “(...) no tienen una naturaleza reparatoria, porque su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración Pública para resarcirla de un daño patrimonial sufrido, sino que se encaminan a tutelar el interés público mediante la garantía de la efectiva ejecución del objeto contractual por parte del particular que colabora en la consecución de los fines del Estado”.

<sup>34</sup> Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, expediente 68001 3103 001 2001 00389 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

*extinguida la obligación principal”; e igualmente, el artículo 1600 ejusdem, en cuanto determina que “no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”. Como se ve, tales preceptos permiten a las partes acordar la cláusula con un signo particularmente punitivo al posibilitar su acumulación con la reclamación de perjuicios, a la cual, subsecuentemente, no sustituye.*

*Es más, la última de las citadas preceptivas le concede a la víctima la posibilidad de abandonar el cobro de la pena para perseguir la indemnización de los daños padecidos.*

*Incluso, el artículo 2486 ibídem, consagra que “si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes; mandato que desdibuja nítidamente la función compensatoria en el ámbito de los perjuicios de la mencionada estipulación, habida cuenta que faculta al acreedor a percibir la pena junto con el cumplimiento de lo convenido.*

*En fin, es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos, a su arbitrio...”*

*No puede negarse, ciertamente, que la mencionada estipulación cumple una significativa función de apremio, que se evidencia de manera insoslayable en diversas hipótesis previstas en esa codificación y a las que ya se ha hecho alusión, como de garantía, particularmente cuando ella recae sobre un tercero.*

*La jurisprudencia de esta Sala ha puesto de presente, igualmente, en múltiples decisiones, el temperamento polifacético de la cláusula penal. Así, en sentencia del 6 de marzo de 1961 señaló que “la finalidad de la cláusula penal es afirmar la ejecución de las obligaciones principalmente acordadas y por lo tanto ella no autoriza al deudor para exonerarse del cumplimiento de esas obligaciones”. En sentencia de 7 de octubre de 1976 precisó que ella sirve para distintas finalidades “tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios”. Y en fallo de 7 de junio de 2002 añadió que: “se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para fijar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta”.*

*Débase asentar, por consiguiente, a modo de corolario, que en el ordenamiento patrio no puede reducirse la cláusula penal, simplemente, a un pacto antelado de indemnización de perjuicios, habida cuenta que, además de entrañar la sanción de un acto antijurídico, ella cumple otras funciones tales como la de apremiar al deudor y, según algunos, la de caucionar el cumplimiento de lo convenido.*

*2. Todas las anteriores reflexiones se traen a colación para poder asentar sin vacilaciones, que si las cosas son de ese modo, es decir, que si la cláusula penal no puede reconducirse franca y exclusivamente a una mera convención resarcitoria antelada, toda vez que su contenido y función son variables porque comprenden aspectos de muy diverso calado, tampoco es posible aplicarle a rajatabla todas las reglas y principios que gobiernan la indemnización de perjuicios como si fuera este su único designio; desde luego que si ese ejercicio se emprendiera, muchos de ellos, y esto es innegable, resultarían abiertamente incompatibles con su naturaleza, entre otras razones, porque el concepto de indemnización es antagónico al de pena, toda vez que aquella comporta la reparación de los daños que se han ocasionado a otros y, en esa virtud, corresponde a la satisfacción pecuniaria enderezada a remediarlos, existiendo de por medio, hasta donde sea posible, una cierta relación de equivalencia. La penalidad, por el contrario, encierra, en lo medular, las nociones de coacción psicológica sobre el deudor (al momento de acordarse), y la de castigo cuando sobreviene el incumplimiento.*

*En consecuencia, la pena no se traduce per se en una indemnización porque su tasación supone siempre una prestación que, por su valor y función, puede y suele estar situada al margen de la reparación de perjuicios.*

En ese orden, atendiendo a la forma en que se pacte la cláusula penal pecuniaria sus efectos también varían, con independencia de la causación de perjuicios o beneficios<sup>35</sup>. Así, la (i) *de apremio o moratoria* dará lugar a exigir la pena, sin que se extinga la obligación principal, en tanto persigue apremiar a su cumplimiento<sup>36</sup>; (ii) la *reparatoria o indemnizatoria* faculta a cobrar únicamente la pena, con la extinción de la obligación principal y (iii) la *punitiva* dará lugar a exigir, además de la pena, la obligación principal. En

---

<sup>35</sup> El artículo 1599 del Código Civil: “<EXIGIBILIDAD DE LA PENA>. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

<sup>36</sup> El artículo 1546 del Código Civil prescribe: “Condición resolutoria contractual. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. // Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

todos los anteriores eventos podrá pedirse, incluso, la indemnización de perjuicios, si así se pacta<sup>37</sup>.

3.3.1.2. En ese orden y aterrizando al asunto en particular, no se puede perder de vista que la cláusula penal aquí pactada fue indemnizatoria, al menos en la forma como se aplicó y en un entendimiento razonable de la misma para establecer su alcance, como se desprende del texto de la cláusula cuadragésima:

*PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento del contrato por parte del CONTRATISTA, o de declaratoria de caducidad, ECOSALUD podrá exigir a título de pena, la suma de CUATRO MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4.000.000) o su equivalente en pesos colombianos de acuerdo a la tasa de referencia del mercado cambiario vigente el día de pago que se imputará al pago parcial pero definitivo de los perjuicios que se ocasionen a ECOSALUD.*

*Tal pena se hará efectiva por ECOSALUD y el acto que la fije prestará mérito ejecutivo contra el CONTRATISTA y sus garantes, sin perjuicio de hacer efectivas las garantías consagradas en la cláusula 41ª de este contrato.*

*PARÁGRAFO PRIMERO. En caso de declararse la caducidad del contrato, en la resolución que la declare se ordenará hacer efectiva la suma pagada a título de pena.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO. No obstante la estipulación de esta cláusula penal pecuniaria, ECOSALUD no queda obligada a hacerla efectiva y en consecuencia podrá prescindir de su aplicación y perseguir judicial y extrajudicialmente la obligación principal y/o las subsidiarias y el pago de los perjuicios correspondientes (fl. 237, c. 2).*

En ese orden, precisa recordar que a través de la declaratoria de caducidad se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo dispuso el artículo 3 de la resolución 0246 del 1 de julio de 1993 (fl. 63, c. 3). Esa circunstancia no puede pasarse por alto, en tanto uno de los efectos de la caducidad es la terminación del vínculo contractual, lo que descarta que la pena se hubiera pactado con finalidad compulsiva; igualmente, el texto del parágrafo segundo de la cláusula en estudio confirma su naturaleza al otorgar a la entidad demandada la posibilidad de abstenerse de hacer

---

<sup>37</sup> Igualmente, frente a la transacción, el Código Civil prescribe: “ARTÍCULO 2486. <ESTIPULACION DE CLAUSULA PENAL>. Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes”.

efectiva la pena y, en consecuencia, “*perseguir judicial y extrajudicialmente la obligación principal y/o las subsidiarias y el pago de los perjuicios correspondientes*” (fl. 237, c. 2).

En conclusión, en los términos pactados en el contrato no se podía hacer efectiva la pena y la obligación principal al unísono, sino sólo la primera, al menos en lo que respecta a los contratos sometidos al derecho privado, como sucede en el *sub lite*. Con todo, debe advertirse que los funcionarios de las entidades públicas están llamados a responder por los efectos económicos desfavorables que se puedan generar sobre el patrimonio público como consecuencia del pacto de este tipo de cláusulas.

3.3.1.3. No obstante, el alcance de la cláusula penal pecuniaria arriba expuesto en nada riñe con la liquidación unilateral del contrato en estudio, en tanto se limitó a efectuar el cruce de cuentas, en cumplimiento de lo ordenado en la resolución de caducidad (fl. 63, c. 3). En ese entendido, el ejercicio liquidatorio demandado no fue más que, como lo tiene definido esta Corporación<sup>38</sup>, el cruce de cuentas del contrato, como efectivamente se desprende de los conceptos que se incluyeron en él. Así, revisado el contrato se tiene que como parte de la operación y manejo del juego de suerte y azar “La Instantánea”, el contratista tenía a su cargo las obligaciones de (i) publicidad institucional (cláusula décima quinta, fl. 223, c. 2), (ii) pago de la comisión a Ecosalud S.A. (cláusula vigésima sexta, fl. 226, c. 2), (iii) transferencias (cláusula vigésima séptima, fl. 227, c. 2) y (iv) reconocer los rendimientos financieros generados por el manejo de los recursos de las transferencias y de la comisión (cláusula vigésima octava, fl. 229, c. 2). En su orden, los anteriores compromisos imponían al contratista:

---

<sup>38</sup> En tal sentido, cabe precisar que la Sección ha sido reiterativa en señalar la imposibilidad de sancionar incumplimientos en sede de liquidación, tanto en lo que refiere a hacer efectiva la cláusula de multas y declarar la caducidad del contrato, sin ello impida que con ocasión del ejercicio liquidatorio y sólo para sus efectos, sea dable determinar las prestaciones ejecutadas frente al pacto contractual y de esa forma realizar el cruce de cuentas y, por ende, definir quién debe y a cuánto asciende la obligación, como ocurrió en el *sub lite*. Entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de marzo de 2011, exp. 16.856, M.P. Stella Conto Del Castillo; sentencias del 28 de febrero y del 31 de mayo de 2013, exp. 25.802 y 26.707, respectivamente, de la misma ponente.

(i) Destinar un 6.25% del presupuesto anual de las campañas publicitarias para divulgar las actividades, programas, inversiones y ejecutoria adelantadas con los recursos provenientes de la explotación del juego; en el acta de liquidación, acogida mediante resolución 0222 del 18 de marzo de 1994, se estableció que el monto a cancelar por este concepto ascendía a \$586.830.773, correspondientes al período de explotación comprendido entre el 26 de junio de 1992 y el 25 de noviembre de 1994 (fls. 18 y 19, c. 3).

(ii) La comisión para Ecosalud S.A. equivalía al 0.92% de las de las ventas brutas a título de derecho no reembolsable por otorgar la operación del juego y por el uso de marcas registradas. En la liquidación unilateral el total de lo adeudado por este concepto fue de \$854.394.424, toda vez que el ejercicio arrojó que se debían cancelar \$1.655.441.377.50 de los cuales tan sólo se abonó \$801.046.953.55 (fl. 19, c. 3).

(iii) Igualmente, el contratista tenía la obligación de transferir a Ecosalud S.A. el 30.96% de las ventas brutas efectuadas; según la liquidación unilateral el contratista debía cancelar la suma de \$92.106.000.000 de los cuales pagó efectivamente \$8.537.126.499.40, razón por la cual quedó un saldo pendiente de \$83.568.873.500.60 (fl. 20, c. 3).

(iv) Los rendimientos financieros que se generaran por la ejecución de la concesión serían de Ecosalud S.A.; el ejercicio liquidatorio arrojó un saldo dejado de percibir por este concepto de \$275.507.751 (fl. 20, c. 3).

(v) Precisa advertir que todas esas obligaciones fueron fundamento para la declaratoria de caducidad (fls. 53 a 62, c. 3) y que, aunque en su parte considerativa la liquidación refiere a la cláusula penal, no está contenida dentro de los saldos a cargo del contratista, para lo cual valga precisar que el *ítem* de título ejecutivo se corresponde con lo dispuesto en el párrafo tercero de la cláusula vigésima séptima (fl. 228, c. 2), que se pactó por \$US5.000.000, que en pesos equivale a \$4.058.350.000 (fl. 14, c. 3), lo que

de suyo descarta que se trate de la exigibilidad de la pena. Efectivamente, frente a ese cobro, esta Corporación consideró viable así<sup>39</sup>:

**3.4 Tercer cargo. Ilegalidad del acto por “Exceso de sus facultades legales en el cobro de la cláusula penal y en el título ejecutivo”**

*Al efecto la Sala, al igual que el Tribunal, encuentra que el contrato contiene dos derechos pecuniarios para la entidad en dos cláusulas distintas: “Cláusula vigésima séptima: Transferencias del producto del juego (...)” “Cláusula cuadragésima primera: Garantías: (...)”*

*Mediante la comparación de las dos cláusulas precedentes, se advierte con claridad que el contratista se obligó al pago de valores preconcebidos para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales de diverso contenido.*

*Al efecto aceptó expresamente constituir dos garantías, que cubrían conceptos indemnizatorios autónomos, conforme se deduce del texto de la misma cláusula cuadragésima primera cuando indica: “Salvo la relativa a las transferencias mínimas acordadas en la cláusula 27ª del presente contrato la cual es objeto de garantía independiente conforme se prevé en el párrafo tercero de la misma cláusula.”*

*El acto acusado, en sus artículos tercero y cuarto respectivamente, simplemente hizo efectivas las dos garantías, en el entendido de que la primera corresponde a la cláusula penal pecuniaria y la segunda a la obligación clara y expresa contenida en el título constituido conforme a lo previsto en la citada cláusula vigésima séptima del contrato.*

*De lo acordado en el contrato resulta fácil inferir que el valor preestablecido en la cláusula penal no comprendió los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula vigésima séptima, razón por la cual resultaba procedente, a efecto de reparar la integridad de los perjuicios causados con el incumplimiento de la contratista, hacer efectiva las dos garantías constituidas con tal propósito.*

(vi) Lo expuesto quedó consolidado en el siguiente cruce de cuenta (fl. 24, c. 2):

<b>SALDOS A CARGO DEL CONTRATISTA</b>			
	SALDO PERIODO	SALDO PERIODO	SALDO TOTAL
A. OBLIGACIÓN CONTRACTUAL FAVOR DE	JUN. 26/92 – 93	JUN 26/93 –NOV 25/94	

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 14.389, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

ECOSALUD S.A.			
4.1. PUBLICIDAD	\$562.500.000	\$24.330.773	\$586.830.773
4.2. COMISIÓN	\$799.005.417	\$55.389.007	\$854.394.424
4.3. TRANSFERENCIA	\$56.478.873.500	\$27.090.000.000	\$83.568.873.500
4.4. RENDIMIENTOS	\$194.476.060	\$81.031.691	\$275.507.751
4.9. MULTAS	\$54.707.520		\$54.707.520
4.10. TÍTULO EJE.	\$4.058.350.000		\$4.058.350.000
SUBTOTAL	62.147.912.497	\$27.250.751.471	\$89.398.663.968
B. OTROS PASIVOS CON TERCEROS	SALDO PERIODO	SALDO PERIODO	SALDO TOTAL
4.5. PREMIOS	\$652.935.507		\$652.935.507
TOTAL	\$62.800.848.004	\$27.250.751.471	\$90.051.599.475

3.3.1.4. De otro lado, valga aclarar que no puede aceptarse que en el *sub judice* está probado el pago, en tanto si bien obra el acta de conciliación del 31 de enero de 1994 (fls. 47 a 51, c. 3), lo cierto es que como la misma demanda da cuenta ese acuerdo no fue aprobado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en la existencia de los procesos adelantados por Wintech de Colombia S.A. y Scientific Games Inc. (fls. 11 y 12, c. ppal). Tampoco es de recibo la transacción y el pago a los que alude la actora (fl. 12, c. ppal), con todo y que la demandada aceptó esa afirmación (fl. 143, c. ppal), no sólo porque carece de sustento probatorio, cuando corresponde probar ese extremo a Wintech de Colombia S.A. según el artículo 1751 del Código Civil<sup>40</sup>, sino que en los términos del artículo 2484 *ejusdem* la transacción solo produce efectos entre las partes, esto es, entre Seguros del Estado y ECOSALUD<sup>41</sup>.

En gracia de discusión de aceptarse que hubo pago, ello tampoco da lugar a declarar la nulidad de la liquidación unilateral, en consideración a que se está frente al cumplimiento de un deber legal, en donde la limitación del artículo 1594 del Código Civil por la efectividad de la pena no enerva de su cumplimiento, sin perjuicio del efecto sobre la exigibilidad de las sumas que arroje el ejercicio liquidatario. En otras palabras, como en la declaratoria de caducidad se ordenó la liquidación del contrato (fl. 63, c. 3) no quedaba otra

<sup>40</sup> “**PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

<sup>41</sup> “<**PERSONAS QUE AFECTA LA TRANSACCIÓN**>. La transacción no surte efecto sino entre los contratantes. // Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad”.

alternativa que proceder de conformidad, cosa distinta es la exigibilidad de las sumas allí contenidas, toda vez que ello estará sujeto al pacto de la cláusula penal, que, como quedó visto, no permite hacer efectiva a un mismo tiempo la pena y la obligación principal.

Por último, aun cuando después de dictada la sentencia impugnada, Seguros del Estado manifestó que había cedido sus derechos litigiosos del presente proceso a Scientific Games Inc., ello no se probó como bien lo sostuvo el *a quo* al echar de menos el acuerdo que diera cuenta de lo propio (fls. 265 a 267, c. ppal 2). Por lo expuesto, se impone declarar infundado el cargo en estudio.

Por último, en aras a salvaguardar la integridad del patrimonio público, toda vez que dentro de lo probado no es clara la suerte de los recursos comprometidos, se compulsará copias a la Procuraduría y Fiscalía General de la Nación, así como a la Contraloría General de la República, para lo de su cargo.

### **3.3.2. DESVIACIÓN DE PODER**

La sociedad Wintech de Colombia S.A. estimó que a pesar de que las partes se obligaron a constituir un tribunal de arbitramento para solucionar sus controversias, tal como lo solicitó la concesionaria, la demandada procedió en retaliación por las solicitudes de desequilibrio.

De entrada se debe advertir que no se allegaron pruebas encaminadas a demostrar que Ecosalud S.A. hubiera actuado en retaliación por las pretensiones de restablecimiento de su contratista. Por el contrario, tanto en el proceso judicial iniciado por la aquí actora<sup>42</sup> como por Scientific Games Inc.<sup>43</sup> los actos administrativos que declararon la caducidad superaron los

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 14.389, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2012, exp. 20.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Vale aclarar que en esta providencia se declaró la nulidad parcial del aparte del parágrafo segundo del artículo segundo de la

cuestionamientos de nulidad formulados. Incluso en el primero de los asuntos se decidió un cuestionamiento similar al aquí formulado en los siguientes términos<sup>44</sup>:

### *3.2 Primer cargo. Desviación de poder (...)*

*La Sala, una vez analizado el material probatorio, encuentra que demostrados los incumplimientos del contratista, como también que la entidad lo requirió en varias oportunidades para que cumpliera con las obligaciones a su cargo; que el contratista pidió plazos para realizar los pagos a la entidad, que propuso fechas para realizar erogaciones parciales y que alegó a su favor la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes que, según su dicho, le dificultaron la ejecución normal del contrato.*

*En efecto, obran informes demostrativos de los incumplimientos de la contratista respecto de las obligaciones adquiridas con Ecosalud, por no transferir los valores acordados en la cláusula 27 del contrato: \$2.089'542.421,24; por los derechos de explotación de que trata la cláusula 26 del contrato \$799.845.978, por publicidad de que tratan las cláusulas 14 y 15 del contrato: \$562'500.000, por multas impuestas mediante resolución 225 de 1992: \$54'707.520 y por impuesto de timbre y letras: \$2'464.000 (fols. 133 a 134 c.- 2). Consta además la copia auténtica del proceso de quiebra de Wintech de Colombia, adelantado a partir de la solicitud que en tal sentido formuló Ecosalud ante la jurisdicción ordinaria, para hacer efectivas las obligaciones asumidas por Wintech (fols. 107 ss c. 2); constan los informes de investigaciones administrativas y financieras presentados respecto de la situación de Wintech de Colombia (fols. 100 a 106 c. 2); el trámite de la quiebra Wintech de Colombia surtido en la Superintendencia de Sociedades a partir del 21 de julio de 1993 (fols. 118ss. c.2 )*

*Se demostró que la contratista pidió a la entidad la modificación de las obligaciones adquiridas en el contrato, como también que la entidad no accedió a ellas, en consideración a que proponían la disminución de los derechos fijados a favor de Ecosalud. En efecto, en petición formulada el 23 de agosto de 1993 Wintech solicitó, entre otros, eliminar la cláusula de ventas mínimas garantizadas, el incremento de la remuneración del contratista (de 11.04% a 14%); la modificación la distribución de ingresos brutos para reducir la comisión de Ecosalud; la reducción real del porcentaje de transferencias del producto del juego a Ecosalud, en perjuicio del sector salud y una prórroga del plazo del contrato de concesión (fols. 91 a 95 c. 2).*

---

resolución 246 del 1 de julio de 1993, que dice: “al consorcio conformado por Scientific Games Inc., PKI Associates Inc. y Daibutsu Inc., en relación con su responsabilidad solidaria.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 14.389, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*La Sala, en consideración a que las propuestas de modificación realizadas por la sociedad actora revelaban claramente la lesión de los derechos que, del contrato, se derivaban para Ecosalud, encuentra justificada la negativa de ésta. No sólo porque, se insiste, se alteraba el sistema de remuneración y transferencias en perjuicio de la entidad, sino porque la contratista no demostró la ocurrencia de todos hechos que invocó al efecto ni la imprevisibilidad de los mismos. Menos aún el vínculo causal que se adujo entre ellos y la inejecución de la mayoría de las obligaciones del contrato.*

*La Sala, por lo anterior, encuentra claramente comprobado que el motivo que sirvió de sustento a la entidad para declarar la caducidad del contrato fueron los continuos incumplimientos del contratista, que revelaban sin duda que no habría de ejecutar cabalmente las prestaciones asumidas.*

*La circunstancia de que el contratista propusiera a la entidad la modificación, casi esencial del contrato en ejecución aduciendo, en síntesis, la inviabilidad del negocio, justifican la decisión que finalmente adoptó Ecosalud.*

*Lo expuesto precedentemente también es suficiente para afirmar que el motivo que tuvo Ecosalud para declarar la caducidad del contrato no fue el de la ineficacia del pacto arbitral. Los incumplimientos del contratista fueron tan graves, que la caducidad del contrato se imponía incluso con anterioridad y no hay prueba indicativa de que se trató de una estrategia de la entidad.*

*Encuentra además que la entidad tomó medida previas a la caducidad, como la de imposición de multas; a la vez que le anunció al contratista la procedencia de la caducidad por el incumplimiento de las prestaciones asumidas mediante documento que, cabe resaltar, se produjo antes de que el aquí actor manifestara a la entidad la necesidad de adelantar el proceso arbitral.*

*La actora no probó entonces que el acto se hubiere producido por razones ajenas al contrato.*

*Cabe además precisar que la sola circunstancia de que las partes hubiesen acordado una cláusula compromisoria no excluye la competencia de la entidad para declarar la caducidad del contrato. Tampoco es dable considerar que la entidad se quedó sin esta facultad excepcional, cuando el contratista presentó reclamaciones y peticiones para modificar el contrato; menos aún por la circunstancia de haber manifestado a la contratante su intención de someter el asunto al conocimiento de un tribunal de arbitramento.*

*Máxime cuando, como en este caso, Wintech de Colombia inasistió<sup>45</sup> a la reunión convocada el 13 de julio de 1993 para precisar las materias que pretendía someter al tribunal de arbitramento.*

---

<sup>45</sup> Cita original: Fol. 90 c.2.

*En casos como el presente, en el que la entidad sustenta su decisión en reiterados incumplimientos del contratista, fácil resulta inferir que el acto por medio del cual se declaró la caducidad se produjo con la intención de remover al contratista incumplido, en consideración a que sus graves omisiones revelaban que a futuro, no habría de ajustar su comportamiento a las exigencias del contrato.*

En el *sub lite*, se tiene que la liquidación siguió a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión 003 de 1992 y como bien da cuenta la decisión en cita, los motivos de esa decisiones estuvieron fundadas en el incumplimiento contractual. En esos términos, tampoco está llamado a prosperar el cargo en estudio.

### **3.3.3. EL INCUMPLIMIENTO DE ECOSALUD S.A.**

La actora sostuvo que no se garantizó la efectividad del monopolio otorgado debido a la operación de otras loterías. Frente a este cargo es suficiente con reiterar que en sede de liquidación no se hacen reproches frente al incumplimiento del contratista, toda vez que ello está proscrito. En ese orden, es claro que los cargos van encaminados a cuestionar la decisión de caducidad, cuestión que se escapa al objeto del presente asunto. Con todo, el fallo citado, en torno a ese mismo cargo, sostuvo<sup>46</sup>:

#### *3.3 Segundo cargo: Falsa motivación*

*La parte actora alegó, como se dijo, la ocurrencia de hechos para justificar la inejecución del contrato. Invocó sin distinción la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor para fundamentar el alegado desequilibrio financiero del contrato y para justificar las omisiones que finalmente determinaron la caducidad del contrato.*

*Al respecto la Sala advierte que el contratista no demostró los elementos determinantes de la teoría de la imprevisión, toda vez que se limitó a señalar acontecimientos sin demostrar la imprevisibilidad de los mismos y sin probar la incidencia que pudieron tener en la ejecución del contrato.*

*Precisa además que la aplicación de la teoría del equilibrio financiero del contrato está condicionada, generalmente, a la conservación de la estructura original del contrato, esto es, a que se mantengan las obligaciones y derechos originales que surgieron para los co-*

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 14.389, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*contratantes, muchos de los cuales están determinados por los riesgos o contingencias que asumieron.<sup>47</sup>*

*En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones que hubiesen ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió.*

*Considera la Sala que, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.*

*La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública.”<sup>48</sup> pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.*

*La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.*

*Como se indicó precedentemente, son los riesgos externos o extraordinarios los que configuran la teoría de la imprevisión y, por ende, deben ser demostrados por quien los alega. Así, la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es además imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.*

*En el caso concreto, la parte actora no demostró la realidad de los hechos que invocó, ni su naturaleza anormal, extraña e imprevisible.*

*Y las omisiones probatorias en que incurrió impiden además considerar demostrados los elementos que configuran la fuerza mayor porque, conforme a lo expuesto, la misma no sólo exige la prueba de la imprevisibilidad del hecho, sino también de la irresistibilidad determinada por el mismo, que se traduce en la absoluta imposibilidad de ejecutar el contrato.*

*Mediante el análisis del contrato se advierte claramente que el contratista asumió un gran número de obligaciones, que le representaban la asunción de varios riesgos, razón por la cual no le resultaba suficiente demostrar dificultades en la ejecución del contrato para justificar su incumplimiento. Al efecto, como se explicó, debió probar no sólo la ocurrencia de hechos notorios como los racionamientos eléctricos, sino particularmente, la incidencia de los*

---

<sup>47</sup> Cita original: Así lo precisó la Sala entre otras, en sentencia 14043 de 2004 ya mencionada.

<sup>48</sup> Cita original: Sentencia proferida el 9 de mayo de 1996; expediente 10151; Actor: SAE.

*mismos en la normal ejecución del contrato. Lo mismo cabe decir respecto de los otros acontecimientos como la oposición de distribuidores o el surgimiento de otras loterías en algunas zonas del país. Sin la prueba del impacto que estos acontecimientos pudieron tener en el desarrollo del contrato, no es dable considerar demostrada la teoría de la imprevisión (...).*

*Se tiene por tanto que aún en el evento de considerar que tales hechos están plenamente acreditados, a la actora le correspondía demostrar también la incidencia de los mismos en la ejecución del contrato, ya fuese para demostrar la teoría de la imprevisión determinante del desequilibrio financiero del contrato o la fuerza mayor, para excusar válidamente la inejecución de las prestaciones que asumió.*

Por lo expuesto, el cargo en estudio tampoco está llamado a prosperar.

#### **3.3.4. LOS ARGUMENTOS DE SCIENTIFC GAMES INC.**

Scientific Games Inc., en su calidad de litisconsorte necesario, llamó la atención sobre el hecho de que en Estados Unidos se adelantaron otros procesos por lo aquí reclamado. Al respecto, baste con señalar que ello en nada impide el pronunciamiento de esta Corporación, en consideración a que esas decisiones se limitan a advertir la existencia de *litis* pendientes en este país y, por ende, se abstienen de decidir de fondo (fl. 366, c. ppal 2).

Frente al supuesto abuso de poder al endilgarle solidaridad por las sumas liquidadas, es preciso reiterar lo que esta Corporación sostuvo frente a la cuestión, en torno a las sumas incorporadas en la decisión de caducidad, así<sup>49</sup>:

*De lo expuesto se desprende que no le asiste razón a la actora en cuanto a los efectos económicos se refiere, por cuanto, aunado a que en los negocios mercantiles la solidaridad se presume<sup>50</sup>, las partes pactaron expresamente, según el texto del documento ya transcrito (se refiere al contrato de cesión), que la cesión no liberaba a los cedentes, quienes responderían junto con el cesionario ante ECOSALUD, razón por la cual éstos no pueden pretender sustraerse de las consecuencias económicas de la declaratoria de caducidad, pues el artículo 825 del Código de*

---

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2012, exp. 20.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>50</sup> El artículo 825 del Código de Comercio prescribe: **PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD**. “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

*Comercio, en concordancia con lo pactado en el artículo 1568 del Código Civil<sup>51</sup>, preceptúa que cada uno de los deudores in solidum responde íntegramente de la totalidad de lo debido. De suerte que la entidad demandada bien podía, como en efecto ocurrió, declarar la responsabilidad solidaria de las firmas cedente y cesionaria del contrato 003 de 1992, en cuanto a las obligaciones insolutas y las derivadas de la declaratoria de caducidad.*

Esos argumentos son de recibo en este estadio, toda vez que se tratan de los mismos supuestos, sólo que concretados en las sumas que arrojó la liquidación final del contrato; por último, es contradictorio que al tiempo que pone de presente sobre la falta de conocimiento del trámite previo a la liquidación, advierta que tan sólo se le remitió una comunicación a Estados Unidos, con lo cual da cuenta de todo lo contrario.

En ese orden, se impone confirmar la decisión del *a quo*.

4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

## **F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 21 de marzo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

---

<sup>51</sup> La norma en cita señala: “*DEFINICIÓN DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS*». En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. // Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. // La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”.

**SEGUNDO: SIN COSTAS**, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**TERCERO: COMPULSAR** copias de la presente actuación a la Procuraduría y Fiscalía General de la Nación, así como a la Contraloría General de la República, para lo de su cargo.

**CUARTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Magistrada

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Magistrado