

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Interpretación – Alcance

La Sala advierte que las normas del derecho civil y comercial son aplicables en su integridad a la contratación estatal, tal y como de manera expresa y profusa lo dispone la Ley 80 de 1993, con excepción de aquellos asuntos que tienen una regulación propia dentro del régimen especial de los contratos del Estado [...] [P]ara entender un contrato de acuerdo con la común intención de los contratantes y asignarle los efectos por ellos queridos y los que el ordenamiento jurídico indica, corresponde seguir el proceso de interpretación, el cual comprende tres pasos: interpretación en sentido estricto, calificación e integración [...] Ecosalud S.A., a través del acto administrativo impugnado interpretó unilateralmente el contrato, para lo cual invocó de manera expresa las facultades comprendidas en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 [...] La Sala se aparta de la conclusión de la entidad en torno a que la explotación de 170 máquinas con apuesta de \$100, se pudiera incorporar al objeto del contrato, a través de la interpretación unilateral realizada por Ecosalud S.A. [...] Los contratos se pueden clasificar, en relación con las exigencias legales para su existencia, validez y eficacia, en reales, solemnes y consensuales, según la definición del artículo 1500 del Código Civil [...] En el caso específico de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 determina en forma expresa que todos los que participan de esta naturaleza son solemnes, lo cual significa que el simple consentimiento de las partes no los perfecciona [...] La modificación del objeto contractual también debe constar por escrito para que pueda alcanzar existencia, validez y eficacia, puesto que la modificación de un acuerdo al que legalmente se exige que conste por escrito, debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificadorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del acuerdo originario, ha de ser exigida para reconocer existencia, validez y eficacia

CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO - Causa Ilícita - Deberes - Nulidad

La Sala concluye que el criterio de interpretación extensiva no tendría aplicación, dado que la enumeración de las máquinas y de sus categorías en función del valor de las apuestas no constituían un ejemplo, ni menos aun la explicación de un pacto, sino la presentación taxativa y exacta del objeto del contrato. Las máquinas con apuesta superior a \$100 constituían otra modalidad de permiso de explotación, con una tarifa diferente [...] En consecuencia, habida consideración de la falta del documento escrito para dar solemnidad a la modificación en el objeto del contrato, y de la interpretación restrictiva que se imponía hacer a la primera cláusula del contrato, la Sala concluye que la entidad no estaba legalmente habilitada para modificar el contrato mediante la utilización de la figura de la interpretación unilateral [...] Por lo anterior, la Sala concluye que la resolución 2139 del 5 de noviembre de 1999, expedida por Ecosalud S.A., está afectada de nulidad [...] La declaratoria de nulidad no dará lugar a la restitución de suma alguna a favor de Super 7 S.A., puesto que el artículo 1525 del Código Civil prescribe que «no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas», de conformidad con la máxima «in pari causa turpitudinis cessat repetitio». [...] El comportamiento del contratista, consistente en explotar máquinas tragamonedas por valor de apuesta superior a \$100, sin contar con autorización para ello de parte de la entidad y sin reportarlo dentro de la «declaración mensual de instrumentos de juego», configura un acto ilícito [...] Así, el contratista obraba, a sabiendas, con causa ilícita

CONTRATO ESTATAL – Naturaleza – Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la parte demandante [...] El proceso se inició en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Conforme al Decreto 597 de 1988 – aplicable en el sub examine–, la cuantía exigida en 1999 para que un proceso de esta naturaleza tuviera vocación de segunda instancia era de \$4 312 000 y en este caso la mayor de las pretensiones ascendía a \$62 321 878 [...] La Sala considera necesario hacer énfasis en que el acto demandado comprende la interpretación del contrato, razón por la cual se trata de un acto administrativo de naturaleza contractual, lo cual indica, claramente, que la acción procedente era la de controversias contractuales. No obstante lo anterior, el proceso seguirá su curso en tanto que, de conformidad con la propia jurisprudencia de la Sala, se advierte que la presentación de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho «no impide un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, pues, por virtud del deber judicial de la interpretación de la demanda se puede situar lo pretendido dentro de la acción correcta [acción de controversias contractuales], hecha la consideración de que las dos hacen parte del contencioso resarcitorio. » En el mismo sentido señalado con anterioridad, la Sala es competente, puesto que en el año 1999 para que un proceso de naturaleza contractual tuviera vocación de segunda instancia, la cuantía debía ascender a \$18.850.000

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00634-01(24221)

Actor: SOCIEDAD SUPER 7 S.A.

Demandado: ECOSALUD S.A.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 19 de noviembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

Ecosalud S.A. y Super 7 S.A. celebraron un contrato estatal en virtud del cual la primera concedió al segundo el derecho para la explotación de un número mínimo de máquinas tragamonedas de dos modalidades –apuesta hasta \$50 y apuesta entre \$51 y \$100–. Como pago la entidad recibiría “*transferencias al sector salud*” y “*derechos de explotación*”, en función de las tarifas que correspondían a cada máquina de acuerdo con la modalidad de apuesta. El contratista, de manera inconsulta y sin autorización alguna para ello, inició la explotación de máquinas con apuesta de \$100 en adelante, las cuales no estaban incorporadas dentro del objeto del contrato. La entidad, en ejercicio de la facultad de interpretación unilateral del contrato, concluyó que se debía cobrar por tales máquinas con apuesta de \$100 en adelante, aun cuando no estuvieran dentro del objeto del contrato.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1 El 29 de julio de 1999, la sociedad comercial Super 7 S.A., presentó **demanda** en contra de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud

S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (f. 6–20, c. 1).

1.1 Los **hechos** sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así:

1.1.1 El 28 de diciembre de 1995, Ecosalud S.A. y Super 7 S.A., celebraron el contrato n.º 037, cuyo objeto comprendía la explotación por parte de este último de 1.300 máquinas tragamonedas (1.100 con apuestas hasta de \$50 y 200 con apuestas desde \$51 hasta \$100); el 26 de julio de 1996, previa solicitud de Ecosalud S.A., se disminuyó el número mínimo de máquinas y se estableció que sería de 1.000 (850 con apuestas hasta de \$50 y 150 con apuestas desde \$51 hasta \$100); el 21 de enero de 1997, el departamento jurídico de la entidad emitió el memorando interno n.º 0296, mediante el cual indicó que se debía disminuir el número mínimo de máquinas acordado para adaptarlo a la real operación y restablecer el justo equilibrio contractual; el 2 de mayo de 1997, se estableció un número mínimo de máquinas de 1.018 (850 con apuestas hasta de \$50; 150 con apuestas desde \$51 hasta \$100; 18 conectadas en serie para ofrecer un premio acumulado común), pero no se eliminó *“la referencia al valor de la apuesta”*.

1.1.2 El 20 de agosto de 1997, con base en el argumento de que se estaban explotando en conjunto un número mayor de máquinas, la entidad mediante oficio 4929, expresó que el contratista debía \$62 321 878, de los cuales había pagado una cifra de \$38 258 033 en enero de ese año y quedaba un saldo de \$24 063 845; Super 7 S.A. pagó a Ecosalud la cuenta de cobro n.º 00016 por valor de \$38 358 033 (corresponde al ajuste de transferencias y derechos de explotación de los meses septiembre–diciembre de 1996), y la cuenta n.º 0157 por valor de \$95 241 999 (corresponde a las transferencias y derechos de explotación de agosto de 1997 y al ajuste de los meses enero–agosto de 1996); el 19 de noviembre de 1997, la interventora del contrato informó que existía un saldo a favor de la entidad de \$24 063 845.

1.1.3 El 23 de diciembre de 1997, Super 7 S.A. solicitó a Ecosalud S.A. *“que eliminara del contrato la referencia al valor de la apuesta cuando se pacta el número mínimo de máquinas, pues la interpretación que ellos venían haciendo al contrato, generaba un desequilibrio económico, por cuando conmina a pagar doblemente sobre las máquinas cuyo valor de apuestas se habían incrementado...”*; el 9 de junio de 1998, la entidad informó a Super 7 S.A. que se encontraban elaborando la minuta de modificación del contrato en el sentido de eliminar el tipo de apuesta del contrato y establecer un mínimo de transferencias; el 4 de agosto de 1998, el departamento jurídico de la entidad conceptuó: *“al realizar una reliquidación del período enero de 1996 a agosto de 1996... Ecosalud S.A. aplicó al explotador, nuevamente las 170 máquinas con apuesta de \$50, pero cobrando a su vez, las 170 máquinas con apuesta superior a \$100, con lo cual realizó un doble cobro y por el mismo concepto, alterando la ecuación financiera contractual...”*.

1.1.4 La entidad, a través del auto 001 del 30 de septiembre de 1998, inició una actuación administrativa para definir la situación respecto del saldo reclamado por Super 7 S.A.; Ecosalud S.A., mediante la resolución n.º 2139 del 5 de noviembre

de 1999 declaró “ajustada al contrato y al derecho la liquidación de las obligaciones derivadas del contrato 037–95 por los meses de enero a agosto de 1996, por valor de \$62 321 878”.

1.2 Las **pretensiones** comprenden las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare la nulidad de la resolución n.º 2139 del 5 de noviembre de 1999, originaria de la EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD, ECOSALUD S.A., por medio del cual se resolvió una actuación administrativa en relación con el saldo del contrato 037-95, suscrito entre la sociedad SUPER 7 S.A. y ECOSALUD S.A., la cual fue notificada por edicto que se fijó el 24 de noviembre de 1999.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior, con el fin de restablecer el derecho, se ordene a ECOSALUD S.A. reintegrar a mi representada, la suma de SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$62'321.878.00) más los intereses correspondientes, valor que tuvo que cancelar como parte del saldo del contrato 037-95, suscrito con la EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD, ECOSALUD S.A.
3. Que igualmente, a título de restablecimiento del derecho se condene a ECOSALUD S.A., a pagar a SUPER 7 S.A., las siguientes cantidades líquidas de dinero:
 - a. La pérdida del valor adquisitivo del dinero, liquidada sobre SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$62'321.878.00), suma que fue cancelada en dos (2) pagos, los días 3 de marzo de 1997 y el 7 de septiembre de 1999, hasta la ejecutoria de este fallo, conforme al índice de precios al consumidor, IPC, que para ello certifique el Banco de la República, multiplicado por el número de meses transcurridos desde las citadas fechas hasta la ejecutoria del fallo definitivo.
 - b. El valor de los intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil, sobre la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$38'258.033.00), causados desde el día 3 de marzo de 1997 y sobre la suma de VEINTICUATRO MILLONES SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$24'063.845.00), desde el 7 de septiembre de 1999, hasta el día de la ejecutoria del fallo definitivo, liquidados sobre la cantidad que arroje la pretensión expresada en el literal precedente, esto es, sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, numeral 8º de la Ley 80 de 1993.

Que a la sentencia definitiva se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Que se condene a la parte demandada a pagar el valor de los gastos procesales y las costas de las dos instancias, de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

1.4 Bajo el título de “concepto de la violación”, la demanda indica que: (i) Ecosalud incurrió en desviación de poder, porque ejerció la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato para hacer efectivos presuntos derechos suyos y no para el cumplimiento de los fines de la contratación; indicó también que esa prerrogativa

sólo la pueden ejercer las entidades cuando se presente una discrepancia que pudiera conducir a la paralización o afectación grave del servicio público objeto del contrato; en este caso, por el contrario, se ha debido resolver la controversia surgida de acuerdo con los mecanismos de conciliación, amigable composición o arbitramento. En tal sentido, se violaron los artículos 14, numeral 2º, 15, 68, 69 y de la Ley 80 de 1993; (ii) la interpretación errónea del contrato alteró la ecuación financiera del contrato, pues la entidad reliquidó los meses de enero a agosto de 1996, de manera retroactiva, y generó un doble cobro por las máquinas de apuestas de \$50. A pesar de que la propia entidad advirtió la situación en la comunicación n.º 4929 del 4 de agosto de 1998, en lugar de proceder a un acuerdo directo, inició el procedimiento administrativo, que a la postre condujo a la confirmación de la liquidación errada. En consecuencia, se vulneró el artículo 4º, numeral 9º y el artículo 27 de la Ley 80 de 1993; (iii) habida cuenta del doble cobro de la entidad, Super 7 S.A. pagó lo no debido y, al tiempo, Ecosalud S.A. se enriqueció sin justa causa. Así, se vulneraron los artículos 2313 del Código Civil y 831 del Código de Comercio.

II. Trámite procesal

2 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, **admitió** la demanda mediante auto del 27 de abril de 2000 (f. 22, c. 1) y notificó debidamente a la entidad (f. 24, c. 1).

3 En la **contestación**, la entidad se opuso a las pretensiones, se refirió a los hechos y propuso excepciones (f. 21–30, c. 1).

3.1. En concreto, argumentó que: (i) la reliquidación tuvo como fundamento varias visitas practicadas por parte de la entidad, en las cuales se encontró que el contratista había incumplido el contrato puesto que operaba un número superior de máquinas electrónicas tragamonedas al autorizado y les había cambiado el valor, lo que incrementaba *“ostensiblemente sus valores en más del ciento por ciento”*; (ii) en tal sentido: a) de un número autorizado de 150 máquinas, con apuestas entre \$51 y \$100 se encontraron operando 441; b) se explotó un *“mayor número de máquinas progresivas del mínimo acordado”*; c) aparecieron *“66 instrumentos de juego con apuestas mayores a \$100, no contempladas en el contrato”*; (iii) el incumplimiento del contrato no se purga por el pago de cierto número de máquinas al arbitrio del contratista; (iv) Super 7 S.A. solicitó que se interpretara el contrato de acuerdo con su criterio, pero la entidad no accedió a ello porque implicaba una modificación sustancial, dado que originariamente *“el convenio se facturaba y pagaba sobre los mínimos establecidos y el valor de cada aparato a operar, no sobre diferentes máquinas con diferentes valores de apuestas... Si no establece el número mínimo de máquinas y el valor exacto, no tendría el Estado elementos precisos y estables para controlar sus entradas*; (v) no es cierto que se hubiera presentado un desequilibrio económico; (vi) la resolución demandada fue expedida de conformidad con las normas legales, luego de conceder al contratista las oportunidades para expresar su opinión.

3.2 Propuso las excepciones de: (i) *“inexistencia de la personería sustantiva para demandar”*, en tanto que el poder fue conferido por parte de la compañía denominada *“SUPE SIETE S.A.”* y la demanda se presentó en nombre de *“SUPER*

SIETE S.A.”; (ii) “cobro de lo no debido”, pues no hay lugar a devolución de suma alguna a favor del contratista en tanto que los valores “se liquidaron y pagaron con base en planillas aportadas por el contratista y el contrato exacto y numéricamente señalado”.

4 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** el 19 de noviembre de 2002, a través de la cual denegó las pretensiones de la demanda. En términos generales, consideró que: (i) no se violaron los artículos 68, 69 y 14, numeral 2, de la Ley 80 de 1993, dado que la entidad demandada propició el arreglo directo de las controversias, pero finalmente no se logró. Las normas en cuestión no significan que se deba dar “una respuesta favorable a toda solicitud planteada por la demandante”; (ii) no se vulneró el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, puesto que la interpretación unilateral en este caso tenía como propósito evitar la afectación del servicio público de salud, bajo el entendido de que los recursos obtenidos con el contrato de suerte y azar en cuestión se destinaban a este servicio; (iii) no se vulneró el artículo 4, numeral 9, de la Ley 80 de 1993, puesto que no hubo mayor onerosidad que debiera soportar el contratista. Super 7 S.A. explotó “un número mayor de máquinas tragamonedas al señalado en el contrato, por lo que Ecosalud S.A. procedió a reliquidar el valor que ella debía pagar como consecuencia de dicha explotación”; (iv) no se transgredió el artículo 831 del Código de Comercio, puesto que no hubo enriquecimiento sin causa, en tanto que el concepto emitido por el jefe del departamento jurídico de la entidad –sobre el cual Super 7 S.A. basa su reclamación– no tiene fundamento legal, “ya que se demostró la explotación de un número mayor de máquinas al registrado”. En el mismo sentido, ese concepto no era obligatorio; (v) finalmente, “es claro que Ecosalud S.A. actuó de acuerdo a lo estipulado en la ley y en el contrato, para expedir la resolución n.º 2139 del 5 de noviembre de 1999, por la cual declaró ajustada al derecho y a la ley, la liquidación de las obligaciones derivadas del contrato 037-95”. (f. 70–93, c. ppl.).

5 En contra de la sentencia, la parte demandante presentó recurso de apelación (f. 104–107, c. ppl.). Sostuvo que: (i) la interpretación unilateral prevista en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 no autoriza a la entidad a cambiar el objeto contratado –cuestión que lo confundiría con la prerrogativa de modificar el contrato “que obedece a otras normas y circunstancias y exige mantener y reajustar el equilibrio contractual”–, razón por la cual no era procedente ejercerla en este caso; (ii) la relación jurídica que se analiza, comprende “un contrato que otorga al demandante una concesión para explotar una modalidad de juego de suerte y azar, de las pertenecientes al monopolio rentístico respectivo. Es decir, se trata de hacer efectivo el monopolio cediendo su explotación a los particulares. Actividad que en sí misma no es de servicio público y que, sólo indirectamente, tiene relación con el servicio de salud, en cuanto produce recursos para su financiamiento”; (iii) en tal sentido, “la controversia sobre la fórmula para liquidar y transferir a la entidad contratante los recursos que genera para ese servicio, no es cosa que ataña en forma mediata con éste, ni la cuantía de la suma discutida, insignificante en el presupuesto multimillonario de ese servicio, podía producir el efecto señalado por la ley. De modo que su no pago o su pago moroso o incompleto no producía la parálisis de dicho servicio ni lo afectaba al punto de reducir sensiblemente su prestación”; (iv) en esta clase de contratos lo importante es el máximo rendimiento, pues “se trata de explotar una actividad con fines

rentísticos” de suerte que “el valor del contrato o concesión no está ligado en cuanto al mínimo de derechos a pagar y al número de máquinas que se operen efectivamente en cada mensualidad”.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la parte demandante.

6.1 El proceso se inició en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Conforme al Decreto 597 de 1988 –aplicable en el *sub examine*–, la cuantía exigida en 1999 para que un proceso de esta naturaleza tuviera vocación de segunda instancia era de \$4.312.000 y en este caso la mayor de las pretensiones ascendía a \$62.321.878.

6.2 La Sala considera necesario hacer énfasis en que el acto demandado comprende la interpretación del contrato, razón por la cual se trata de un acto administrativo de naturaleza contractual, lo cual indica, claramente, que la acción procedente era la de controversias contractuales. No obstante lo anterior, el proceso seguirá su curso en tanto que, de conformidad con la propia jurisprudencia de la Sala, se advierte que la presentación de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho “*no impide un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, pues, por virtud del deber judicial de la interpretación de la demanda se puede situar lo pretendido dentro de la acción correcta [acción de controversias contractuales], hecha la consideración de que las dos hacen parte del contencioso resarcitorio.*”¹ En el mismo sentido señalado con anterioridad, la Sala es competente, puesto que en el año 1999 para que un proceso de naturaleza contractual tuviera vocación de segunda instancia, la cuantía debía ascender a \$18.850.000.

II. Hechos probados

7 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se hallan en estado de valoración puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que resultan de mayor relevancia para resolver los problemas jurídicos que con posterioridad se plantean –párrafo 8–, se pueden presentar de la siguiente forma:

7.1 El 27 de diciembre de 1995, el presidente de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud – Ecosalud S.A. expidió la resolución n.º 1759 (f. 148–152, c. 2), la cual, en su parte resolutive, dispuso:

ARTÍCULO TERCERO.- TARIFAS MÍNIMAS PARA MÁQUINAS ELECTRÓNICAS TRAGAMONEDAS: *La transferencia mensual por cada unidad de máquina tragamonedas se liquidará con base a un*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de octubre de 1995, expediente n.º 7883, C.P. Juan de Dios Montes.

porcentaje del salario mínimo mensual legal vigente de acuerdo con el valor de la apuesta de la máquina conforme a las siguientes tarifas mínimas: Para máquinas con apuestas hasta de CINCUENTA PESOS M/CTE (\$50.00) el veintiuno por ciento (21%) del salario mínimo mensual legal vigente. Para máquinas con apuesta superior a CINCUENTA PESOS M/CTE (\$50.00) y hasta CIEN PESOS M/CTE (\$100.00), el veintiséis por ciento (26%) del salario mínimo mensual legal vigente. Para máquinas con apuesta superior a CIEN PESOS M/CTE (\$100.00), el treinta y uno por ciento (31%) del salario mínimo legal vigente.

7.2 La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud – Ecosalud S.A. y la compañía Super 7 S.A., con fecha 28 de diciembre de 1995, celebraron el contrato n.º 037-95 “para la explotación de juegos de suerte y azar” (f. 1–7, c. 2), el cual comprendía, entre otras, las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO. El objeto del presente contrato es la explotación por parte del contratista de MIL TRESCIENTAS (1.300) MÁQUINAS ELECTRÓNICAS TRAGAMONEDAS, discriminadas así: MIL CIEN (1.100) CON APUESTA HASTA DE CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$50.00) y DOSCIENTAS (200) CON APUESTA DE CINCUENTA Y UN PESOS (\$51.00) MONEDA LEGAL HASTA CIEN PESOS MONEDA LEGAL (\$100.00), instrumentos de juego que serán explotados por el CONTRATISTA, en forma directa o en cualquiera de las formas de asociación contempladas en el Código de Comercio, conservando las políticas empresariales. Dichos instrumentos serán localizados en los establecimientos comerciales ubicados en los municipios del país relacionados en la Declaración Mensual de Instrumentos de Juego, documento denominado ANEXO B, que hará parte integral del presente contrato.

CLÁUSULA SEGUNDA: DECLARACIÓN MENSUAL DE INSTRUMENTOS DE JUEGO – ANEXO B. El número de instrumentos de juego que se operen en un mes, deben ser declarados dentro de los primeros cinco (5) días calendario del mes siguiente en el respectivo ANEXO B. **PARÁGRAFO:** Previo a la suscripción del presente contrato el CONTRATISTA, debe remitir relación pormenorizada de los instrumentos de juego que explotará, con su respectiva ubicación.

CLÁUSULA SEXTA: VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente contrato es determinable. Para el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 31 de diciembre del mismo año, su valor se estima en QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL VEINTE PESOS MONEDA LEGAL (\$586.087.020.00), y está constituido por las transferencias al sector salud y derecho de explotación que el CONTRATISTA se compromete a pagar a ECOSALUD S.A. así: 1. TRANSFERENCIAS AL SECTOR SALUD, se liquidan con base en el número de instrumentos de juego reportados mensualmente mediante la declaración conocida como ANEXO B multiplicado por la tarifa correspondiente conforme con los montos señalados a continuación. 1.1. **TARIFA DE LIQUIDACIÓN.** Cada máquina electrónica pagará una tarifa mensual acorde con el valor unitario de la apuesta recibida, en los términos anotados en la siguiente tabla y las excepciones anotadas posteriormente:

VALOR UNITARIO APUESTA	TARIFA EN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES
MÁQUINAS APUESTA	21% DEL SALARIO

HASTA \$50	MÍNIMO MENSUAL VIGENTE
MÁQUINAS APUESTA DE \$51.00 HASTA \$100.00	25% DEL SALARIO MÍNIMO MENSUAL VIGENTE

1.2 Declaración Mensual de Instrumentos de Juego. La declaración mensual conocida como ANEXO B, debe ser diligenciada por el CONTRATISTA, y remitida a ECOSALUD S.A., en los términos anotados en la cláusula segunda del presente contrato.

1.3 Liquidación transferencias mínimas. Con base en lo anterior el valor mínimo de la transferencia mensual para 1996 corresponde a CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL (\$40.221.658.00). Para 1997, 1998, 1999 y 2000 la liquidación se incrementará en un (1) punto así: Para MÁQUINAS ELECTRÓNICAS TRAGAMONEDAS, con apuesta hasta CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$50.00), para 1997 un 22%, 1998, el 23%, 1999 el 24% y 2000 el 25% del salario mínimo mensual legal vigente. Para MÁQUINAS ELECTRÓNICAS TRAGAMONEDAS, con apuesta de CINCUENTA Y UN PESOS (\$51.00) HASTA CIEN PESOS MONEDA LEGAL (\$100.00), para 1997 el 27%, 1998 el 28%, 1999 el 29% y 2000 el 30% del salario mínimo mensual.

2 DERECHOS DE EXPLOTACIÓN: Los derechos de explotación mensuales, se calculan como tres catorceavos (3/14) del valor de las transferencias liquidadas al sector salud. Con base en lo anterior, el valor de los derechos de explotación para 1996 son de CIENTO TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS MONEDA LEGAL (\$103.427.124.00), los cuales se comenzarán a causar mes a mes, de manera que el CONTRATISTA deberá cancelar por concepto de derecho de explotación una suma mínima mensual de OCHO MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE PESOS MONEDA LEGAL (\$8.618.927.00), durante 1996. Durante los siguientes años, el valor de los Derechos de Explotación será aquel que resulte de aplicar la misma fórmula, de acuerdo a las tarifas de Transferencias Mínimas para los años 1997, 1998, 1999 y 2000...

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIONES UNILATERALES: ECOSALUD S.A., podrá en cualquier momento hacer uso de las causales de terminación, modificación e interpretación en los términos previstos en la Ley 80 de 1993. PARÁGRAFO: Además de las causales contempladas en la Ley 80 de 1993 y en otras cláusulas del presente contrato, se consideran causales de terminación la mora en el pago correspondiente a Transferencias al Sector Salud y Derecho de Explotación, en los términos establecidos en la cláusula sexta, numeral 3., así como la no veracidad en el número y clase de instrumentos de juego declarados mensualmente, en el documento denominado ANEXO B.

CLÁUSULA VIGÉSIMA: INCORPORACIÓN DE NORMAS: El CONTRATISTA declara conocidas las normas reguladoras de la explotación de modalidades de juegos de suerte y azar a través de terceros, contenidas en el Acuerdo 04 del 16 de marzo de 1993 emanado del Consejo Directivo de ECOSALUD S.A., así como las contenidas en las leyes 10 de 1990 y 80 de 1993 y aquellos que los modifiquen, reglamenten o deroguen, los cuales se entienden incorporados al presente contrato y son de obligatorio cumplimiento.

CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Forman parte integrante para todos los efectos los siguientes documentos: a) Los actos administrativos que expida ECOSALUD S.A. en desarrollo del presente contrato; b) ANEXO A, contentivo de los documentos que acreditan la existencia, representación y autorización para actuar de las partes contratantes, así como la correspondencia entre ECOSALUD S.A. y el CONTRATISTA, sobre el presente contrato. c) ANEXO B, contentivo de los instrumentos de juegos, con sujeción a las normas pactadas en este contrato. d) Todos los demás documentos que se requieran para la ejecución del presente contrato.

7.3 El 6 de junio de 1996, el contratista, mediante comunicación escrita, “en razón a múltiples dificultades para la financiación de nuevos equipos, las condiciones económicas actuales y otra serie de factores que tienen incidencia primordial”, pidió a la entidad que se redujera el número mínimo “de instrumentos de juego a explotar”; indicó que estaba en capacidad de “explotar un mínimo de ochocientas cincuenta (850) máquinas electrónicas tragamonedas con apuesta hasta de cincuenta pesos moneda legal (\$50) y ciento cincuenta (150) con apuesta de cincuenta y un pesos moneda legal (\$51) hasta cien pesos moneda legal (\$100)” (f. 24–25, c. 2)

7.4 El 26 de julio de 1996, Ecosalud S.A. y Super 7 S.A., celebraron el “CONTRATO ADICIONAL NO. 01 AL 037-95” (f. 8–9, c. 2), el cual indicó que la petición del contratista de fecha 6 de junio de 1996 fue acogida favorablemente por el departamento de operaciones de la entidad, mediante documento del 28 de junio de 1996, en atención a lo cual, se modificó la cláusula primera del contrato y quedó con el siguiente texto:

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: El objeto del presente contrato es la explotación por parte del CONTRATISTA de MIL (1000) MÁQUINAS ELECTRÓNICAS TRAGAMONEDAS discriminadas así: OCHOCIENTAS CINCUENTA (850) con apuesta hasta de cincuenta pesos moneda legal (\$50.00) y CIENTO CINCUENTA (150.00) con apuesta de cincuenta y un pesos moneda legal (\$51.00) hasta cien pesos moneda legal (\$100.00), en forma directa o en cualquiera de las formas de asociación contempladas en el Código de Comercio, conservando las políticas empresariales. Dichos instrumentos serán localizados en los establecimientos comerciales ubicados en los municipios del país relacionados en la declaración mensual de instrumentos de juego, documento denominado ANEXO B, que hará parte integral del presente contrato. Las demás cláusulas del contrato No. 037-95 quedarán en la forma establecida.

7.5 El 2 de mayo de 1997, Ecosalud S.A. y Super 7 S.A., celebraron el “CONTRATO ADICIONAL NO. 01 AL CONTRATO 037-95” (f. 10–14, c. 2) –se identifica con el mismo número del que fue suscrito el 26 de julio de 1996– a través del cual se modificaron las cláusulas primera y sexta del contrato, así:

CLÁUSULA PRIMERA. La CLÁUSULA PRIMERA del Contrato queda así: El objeto del contrato del contrato n.º 036-95 es la explotación por parte del CONTRATISTA de un mínimo de Mil Diez y ocho máquinas (1018) electrónicas tragamonedas de las cuales

ochocientos cincuenta (850) son con apuesta hasta de cincuenta pesos (\$50), ciento cincuenta (150) son con apuestas entre cincuenta y un pesos (\$51) hasta cien pesos (\$100) y diez y ocho (18) son máquinas electrónicas tragamonedas conectadas en serie para ofrecer premio acumulado común; instrumentos de juego que serán explotados por el CONTRATISTA en forma directa. Dichos instrumentos estarán localizados en los establecimientos comerciales ubicados en los municipios del país relacionados en la declaración mensual de instrumentos de juego, documento denominado Anexo B que hará parte de este contrato. CLÁUSULA SEGUNDA. La CLÁUSULA SEXTA del contrato quedará así: El valor del presente contrato es determinable. Para el período comprendido entre el 1 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1997, su valor mínimo es de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL CIEN PESOS (\$587.324.100.00) y está constituido por las transferencias al sector salud y derechos de explotación que el CONTRATISTA se compromete a pagar a ECOSALUD S.A.

7.6 El 20 de agosto de 1997, Ecosalud S.A. dirigió a Super 7 S.A. una comunicación escrita (f. 93–95, c. 2), a través de la cual hace referencia a que el contrato n.º 037 – 95 y el contrato adicional suscrito el 26 de julio de 1996 “*indican claramente el número de máquinas que el contratista se compromete a explotar mensualmente, así como también el valor de la transferencia al sector salud y derechos de explotación mínimos a cancelar durante el mes, tomando como base lo establecido en la cláusula primera del contrato*”; reprocha al contratista que “*ustedes durante la ejecución del contrato han explotado en conjunto un número mayor de máquinas electrónicas pero no deben olvidar que deben cumplir estrictamente con los mínimos establecidos en el contrato para cada tipo de apuesta*”. En atención a lo anterior, concluye:

Es así como al efectuar la conciliación de los pagos, Anexos B y facturaciones a diciembre de 1996 realizada por la interventoría y el departamento de facturación y cartera presentan un saldo a cargo de ustedes de sesenta y dos millones trescientos veintinueve mil ochocientos setenta y ocho pesos (\$62.321.878.00), de los cuales cancelaron en el mes de enero la suma de treinta y ocho millones doscientos cincuenta y ocho mil treinta y tres pesos (\$38.258.033.00) quedando un saldo pendiente a la fecha de veinticuatro millones sesenta y tres mil ochocientos cuarenta y cinco pesos (\$24.063.845.00)

7.7 El 12 de septiembre de 1997, Ecosalud S.A. expidió la cuenta de cobro n.º 00157 (f. 90, c. 2), a través de la cual, entre otros conceptos, cobró los ajustes de transferencias y derechos de explotación de los meses comprendidos entre enero y agosto de 1996, para un total de \$24.063.845, así:

CONCEPTO	VALOR A PAGAR
AJUSTE TRANSF ENERO/96	1.581.838
AJUSTE DCHOSEXP ENERO/96	338.965
AJUSTE TRANSF FEBRERO/96	1.522.146
AJUSTE DCHOSEXP FEBRERO/96	326.174
AJUSTE TRANSF MARZO/96	2.208.604

AJUSTE DCHOSEXP MARZO/96	473.272
AJUSTE TRANSF ABRIL/96	2.059.374
AJUSTE DCHOSEXP ABRIL/96	441.294
AJUSTE TRANSF MAYO/96	805.842
AJUSTE DCHOSEXP MAYO/96	172.680
AJUSTE TRANSF JUNIO/96	1.820.148
AJUSTE DCHOSEXP JUNIO/96	390.031
AJUSTE TRANSF JULIO/96	8.565.802
AJUSTE DCHOSEXP JULIO/96	1.835.528
AJUSTE TRANSF AGOSTO/96	1.253.532
AJUSTE DCHOSEXP AGOSTO/96	268.614
TOTAL AJUSTES TRANSFERENCIAS	19.817.286
TOTAL AJUSTES DERECHOS	4.246.559

7.8 Super 7 S.A., por medio de comunicaciones escritas de los días 25 de septiembre de 1997 (f. 101, c. 2), 18 de noviembre de 1997 (f. 45, c. 2) y 30 de enero de 1998 (f. 48, c. 2), pidió a Ecosalud S.A. que le concediera una audiencia para efectos de conciliar respecto de la suma de \$24.063.845, que la entidad le cobraba con base en la interpretación que asumía del contrato 037-95. Ecosalud S.A., a través de comunicación del 23 de febrero de 1998, fijó el 2 de marzo siguiente, como la fecha para la “audiencia de conciliación con el fin de aclarar los ajustes” (f. 50, c. 2).

7.9 El 4 de agosto de 1998, el jefe del departamento jurídico de Ecosalud S.A. envió una comunicación a Super 7 S.A. (f. 67–68, c. 2), mediante la cual expresó:

En relación con la comunicación de la referencia (Saldo \$24.063.845.00 CONTRATO 037-95 Su oficio 004834 – Julio 27 de 1998), y revisado el tema relativo a las partidas de la cuenta de cobro n.º 00157 de septiembre de 1997, este departamento ha detectado que en efecto, en el objeto contractual se pactaron 850 máquinas con apuesta de \$50.00 y que en desarrollo del objeto contractual, la sociedad contratista, elevó de ese mínimo establecido, 170 máquinas a apuesta superior a \$100.00, dejando en consecuencia 680 máquinas, con apuesta de \$50.00, decisión asumida unilateralmente por la entidad que usted representa. Sin embargo, se observa que al realizar la reliquidación del período enero de 1996 a agosto de 1996, en la cuenta de cobro en el anterior párrafo citada, ECOSALUD S.A. aplicó al explotador, nuevamente las 170 máquinas con apuesta de \$50.00, pero cobrando a su vez, las 170 máquinas con apuesta superior a \$100.00, con lo cual realizó un cobro doble y por el mismo concepto, alterando la ecuación financiera contractual de desarrollo legal en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993; situación que debe ser restablecida mediante la celebración de una audiencia de acuerdo directo, contemplada por los artículos 68 y 9 del estatuto contractual, ya que al no estar obligada la sociedad contratista a realizar un doble pago por el mismo concepto, su recibo por parte de la Nación, constituiría respecto de ésta un enriquecimiento incausado, que rompería la conmutatividad de los contratos estatales, principio de claro desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial.

7.10 El 7 de julio de 1999, Super 7 S.A., por medio de documento escrito (f. 80–81, c. 2), solicitó a Ecosalud S.A. que ordenara la expedición del permiso de

explotación, con el propósito de evitar que sus establecimientos fueran cerrados. Para tales efectos afirmó que estaba a paz y salvo, en los siguientes términos:

... estamos anexando el recibo de pago por la suma de TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL VEINTE PESOS (\$32.633.020) incluido el pago de intereses por facturación anterior y el pago de VEINTICUATRO MILLONES SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$24.063.843), saldo sobre el cual, existen divergencias conceptuales por lo que se inició la investigación administrativa 01 de 1998, sobre la cual a la fecha de la presente, aun no hemos recibido comunicación en donde se nos haya notificado la existencia de una decisión al respecto. Una vez proferida la resolución respectiva, continuaremos el trámite legal correspondiente, a que haya lugar.

7.11 El 5 de noviembre de 1999, Ecosalud S.A. expidió la resolución 2139 “por la cual se resuelve una actuación administrativa en relación con el saldo del contrato 037-95” (f. 15–24, c. 2).

7.11.1 En la parte considerativa del acto impugnado, se hizo referencia a que la actuación administrativa se había iniciado de oficio el 30 de septiembre de 1998, de acuerdo con el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, para resolver las diferencias en torno al saldo de \$24.063.846, proveniente de la reliquidación de las obligaciones a cargo del contratista, por el período enero–agosto de 1996 del contrato 037 de 1995. Se indicó también que se practicaron pruebas, consistentes en declaraciones y documentos, y se consideró, en términos generales, lo siguiente:

... el contrato original señalaba un número exacto de tales instrumentos, no obstante y con el fin de adoptar una política más flexible se acordó señalar un mínimo de instrumentos. Así, en el primer caso, el contratista solamente podía explotar determinado número de máquinas y en el segundo, podía partir de un número mínimo a operar, desde luego informando el número de máquinas realmente explotadas, empero se parte de la presunción de explotación de dicho mínimo y en caso de explotarse otras máquinas con valor de apuesta diferente, lógicamente deberán liquidarse, pues se considera que es una explotación adicional, no contemplada en el contrato. Para el caso, como se decía, el contrato actualmente prevé la operación de un mínimo de máquinas con apuesta de \$50 y un mínimo con apuesta de \$100, cantidad que debe ser respetada por el contratista; por tanto, se presentan las siguientes situaciones: 1. En aquellos casos en que el contratista resulte operando menos de la cantidad acordada, estaría incumpliendo el contrato, sin embargo para liquidar las obligaciones económicas se parte del valor correspondiente por la liquidación del mínimo de máquinas que además de conllevar un control, determina el valor mínimo del contrato, ya que la diferencia en el valor de las apuestas determina una diferencia de tarifas. Para ser más claros, si el contratista opera un número inferior al mínimo señalado por la operación de máquinas con apuesta de \$50, se liquida el valor mínimo correspondiente al mínimo estipulado en el contrato, igual en el caso de apuestas de \$100, luego entonces no se está afectando un doble cobro, simplemente se da aplicación a lo estipulado y 2. En aquellos casos

que aparezca operando máquinas con apuesta superior a \$100, igual se liquidan en forma adicional, pues mal podría el contratista, argumentando por ejemplo, que opera menos del mínimo de máquinas con apuesta de \$50 o de \$100, decir que se le deben tener en cuenta dichas máquinas para hacer parte del mínimo acordado cuando el valor de la apuesta es diferente.

Como se infiere, la discusión de fondo es más un problema de interpretación del contrato y en ese orden debemos remitirnos al artículo 15 de la Ley 80 de 1993...

En la medida en que la interpretación que hace el contratista afecta los recursos destinados al sector salud, puesto que la explotación del monopolio conlleva el recaudo de dineros públicos con destinación específica, que la finalidad de la suscripción de contratos estatales es el debido cumplimiento de los cometidos estatales, que por su parte el contrato en la cláusula séptima que contempla las obligaciones del contratista dentro de las cuales se encuentra la de acatar las instrucciones y directrices de ECOSALUD S.A. y que de otro lado, el inciso segundo del artículo tercero de la Ley 80 de 1993 consagra el deber de colaboración para los particulares contratistas.

... tanto en el contrato 037-95 como su adicional n.º 1 de fecha julio 26 de 1996 en concordancia con el contrato adicional suscrito en fecha mayo 2 de 1997, se contempló un valor mínimo del contrato partiendo del señalamiento de un número de instrumentos de juego mínimo a operar por el Contratista, con el fin precisamente de asegurar una suma de recaudo mínimo, y ejercer un debido control, tal como se acordó con el Contratista.

Como se decía, el contrato es ley para las partes, y para el caso, está sometido al régimen de contratación estatal que sigue unos principios orientadores, buscando un actuar justo, equilibrado y de evitar los excesos de la administración, y correlativamente evitar la pérdida para el contratista, tal como lo ha considerado la jurisprudencia...

De otro lado, la resolución n.º 1759 de diciembre 27 de 1995 acto administrativo de carácter general que regula las tarifas para todas las modalidades de juegos de suerte y azar expedido por el Presidente de la Entidad que se encuentra vigente, goza de carácter ejecutorio y de ella se colige la diferencia de tarifas para las máquinas tragamonedas con valores de apuesta diferentes; a menor apuesta menor tarifa y a mayor apuesta mayor tarifa.

Se infiere con claridad que el contrato presentaba un número de instrumentos de juego mínimo a explotar por el contratista, y se presume su explotación, según lo establecido en el artículo 39 del acuerdo 04 de 1993...

Como se ha entendido, la diferencia de interpretación se presenta por la operación menor por parte del contratista de máquinas con apuesta de \$50 a la señalada en contrato, situación que se atendió y remedió. Por tanto, no es cierto que se haya liquidado doblemente sobre las máquinas cuyo valor de apuesta se incrementó, porque precisamente el valor de la apuesta de la máquina es la que determina la tarifa que exige ECOSALUD S.A. por cada instrumento de juego... En ese orden, al permitir que el contratista operara máquinas de apuesta por valor diferente a la autorizada se pierde el control en el debido cumplimiento del contrato, porque como se ha dicho las tarifas también son diferentes.

Así las cosas, no es de recibo la solicitud del operador en lo que hace a la devolución del saldo, pues la suma cancelada por el contratista con ocasión de la reliquidación cuestionada se encuentra acorde al contrato y en ese orden deberá mantenerse ingresada a

ECOSALUD S.A., pues como se ha venido sosteniendo, se operó un número mayor de máquinas electrónicas tragamonedas y además, modificando las apuestas acordadas en el contrato, situación que fue detectada a tiempo por ECOSALUD S.A. y manifestada al operador con el fin de que cancelara la suma adeudada por este concepto.

En ese orden, se efectuó un juicio claro, crítico y valorativo del asunto, llegando a la conclusión que se cuestiona la interpretación de la cláusula primera del contrato 037/95, su adicional n.º 1 de julio 26 de 1996 y el contrato adicional del mayo 2 de 1997, que fueron debidamente acordados y suscritos por las partes, libre de vicios de consentimiento y que para resolver las diferencias y divergencias presentadas en el contrato deberemos estar a la interpretación literal del contrato, teniendo como base para la liquidación de las obligaciones económicas, los mínimos pactados en el mismo, sin desconocer su aspecto teleológico dirigido a la obtención de recursos destinados para el sector salud.

Se pretendió con esta actuación determinar si en efecto con la celebración del contrato 037/95 se causó un doble cobro al operador y si de esta manera lucrando a la Nación indebidamente y afectando los intereses del contratista por dicha razón; aclarando con este análisis que el contrato no presentó incongruencias; que la entidad oportunamente refirió y solicitó al contratista ajustarse a lo establecido en el contrato, ya que se operaron máquinas con apuestas superiores a las acordadas en el contrato sin acuerdo previo unilateralmente por el operador, desconociendo los términos del mismo; que de igual manera no se presentó incongruencia en la ejecución del contrato; que el contratista se encuentra a paz y salvo respecto a las obligaciones liquidadas, objeto de esta actuación administrativa en la medida que canceló el saldo de \$24.063.845.00 de capital con los correspondientes intereses en fecha 8 de julio de 1999. En tal sentido, se desatiende el concepto jurídico 4929 de agosto 4 de 1998, según el cual en efecto se presentaba un doble cobro, concepto que en todo caso no es obligatorio al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Queda entonces claro que no se hizo doble cobro al operador; por tanto, esta administración considera procedente tener ajustada a derecho la interpretación asumida y argumentada por la misma tanto en el desarrollo del contrato como en esta actuación administrativa y que como se dijo fundamenta la reliquidación efectuada al contrato 037-95 por el período de enero a agosto de 1996 y que concluye con la improcedencia de ordenar la devolución de lo consignado por el contratista por dicho concepto.

7.11.2 En atención a lo expuesto, la parte resolutive del acto comprende:

ARTÍCULO PRIMERO: La sociedad SUPER 7 S.A. deberá dar aplicación a lo acordado en el contrato 037-95 y contratos adicionales, y en ese orden las obligaciones económicas se liquidarán en forma acorde a los mínimos de instrumentos de juego establecidos en el mismo, teniendo en cuenta el valor de las apuestas. ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar ajustada al contrato y a derecho la liquidación de las obligaciones derivadas del contrato 037-95 por los meses de enero a agosto de 1996, por valor de \$62.321.878.00 a cargo del contratista SUPER 7 S.A., suma que fue debidamente cancelada por el mismo. ARTÍCULO TERCERO: Conforme lo dispuesto en los artículos anteriores, no procede devolución para el contratista por dicho concepto.

III. Problema jurídico

8 El análisis que a continuación adelantará la Sala habrá de absolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿la resolución n.º 2139 del 5 de noviembre de 1999, expedida por el Presidente de Ecosalud S.A., está viciada de nulidad por desviación de poder, en tanto que la entidad interpretó unilateralmente el contrato por fuera de las prescripciones legales? (ii) ¿hay lugar a restituir al demandante las sumas que pagó a la entidad y respecto de las cuales ha presentado la demanda?

IV Análisis de la Sala

9 Antes de iniciar el análisis, la Sala advierte que las normas del derecho civil y comercial son aplicables en su integridad a la contratación estatal, tal y como de manera expresa y profusa lo dispone la Ley 80 de 1993, con excepción de aquellos asuntos que tienen una regulación propia dentro del régimen especial de los contratos del Estado².

10 Dentro de la teoría general, para entender un contrato de acuerdo con la común intención de los contratantes y asignarle los efectos por ellos queridos y los que el ordenamiento jurídico indica, corresponde seguir el proceso de interpretación, el cual comprende tres pasos: interpretación en sentido estricto, calificación e integración. La interpretación en sentido estricto corresponde al proceso a través del cual se determina la común intención de las partes objetivada en el texto o en las declaraciones o comportamientos congruentes y relevantes, mediante la utilización de los criterios subjetivos y objetivos comprendidos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil. La calificación corresponde al encuadramiento o tipificación del acuerdo alcanzado por las partes dentro de las categorías legales comprendidas en la Ley 80 de 1993, el código civil, el código de comercio o en las leyes especiales que resulten aplicables al caso concreto, en

² “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”. “Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

“Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública]”.

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

otras palabras a la definición del tipo contractual legal dentro del cual se subsume la convención de los contratantes. La integración corresponde al fenómeno en virtud del cual, una vez determinado el tipo contractual, las partes o el juez encuentran que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en la autonomía de las partes, se agregan, adicionan o suman otras obligaciones y otros derechos que tienen título en las normas imperativas y supletorias y en las otras fuentes externas al contrato, como los usos y costumbres, la buena fe y la equidad³.

11 El primer instrumento que debe utilizarse en el proceso de desentrañar la intención del autor de cualquier objeto jurídico –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es la materia sobre la cual se exteriorizó su voluntad, es decir, el texto respectivo.

11.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –“*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*”⁴– y medieval –“*in claris non fit interpretatio*”–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –“*Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.*” “*Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.*”– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“*El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...*”–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

11.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el contrato estatal precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final de los autores del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente n.º 18837, C.P. Danilo Rojas Betancourth: “*En general, con el término “integración” se hace referencia a formas de intervención sobre el contrato que van más allá del amplio desarrollo de la lógica de la declaración de los contratantes y que se agregan a su actividad en la construcción definitiva de sus obligaciones y derechos. En otros términos, el fenómeno de la integración debe ser entendido como el medio de intervención de la voluntad pública en las relaciones contractuales, lo cual significa que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en el acuerdo de las partes, es necesario considerar las prescripciones que tienen título en la ley o en las otras fuentes externas a su acuerdo*”.

⁴D.32, 25,1 PAULO.

12 La Sala aprecia que el número y tipo de las máquinas objeto del contrato fueron establecidas de manera estricta en los tres documentos que para el efecto se extendieron, así:

Contrato n.º 037-95	Contrato adicional 26 de julio de 1996	Contrato adicional 2 de mayo de 1997
1.100 máquinas apuesta \$50.00	850 máquinas apuesta \$50.00	850 máquinas apuesta \$50.00
300 máquinas apuesta de \$51.00 hasta \$100.00	150 máquinas apuesta de \$51.00 hasta \$100	150 máquinas apuesta de \$51.00 hasta \$100
		18 máquinas conectadas en serie

12.1 Se aprecia también que el valor del contrato –cláusula sexta– estaba constituido por dos conceptos principales, a saber: las transferencias al sector salud y el derecho de explotación, los cuales comprendían un valor estimado de \$586 087 020 en el contrato originario. Este valor se obtenía con fundamento en las tarifas que correspondían a cada una de las máquinas en función del valor de la apuesta. Es decir, había tarifas diferentes para las máquinas en tanto que correspondieran a valores de apuestas diferentes: cada máquina con apuesta hasta de \$50, pagaba 21% del smlmv y cada máquina con apuesta desde \$51 hasta \$100, pagaba 25% del smlmv; con ese propósito se debía surtir un proceso en virtud del cual cada mes se reportaba el número de instrumentos en juego que operaba el contratista –cláusula segunda–. La importancia del reporte era tal que su falta de veracidad se sancionaba como causal de terminación del contrato –cláusula décima sexta.

12.2 En idéntico sentido, la Sala observa que la cláusula sexta hizo énfasis en la necesidad de que mensualmente se aportara el documento denominado “*declaración mensual de instrumentos de juego*”, con el propósito de que se liquidaran las “*transferencias mínimas*” y los derechos correspondientes.

12.3 En ese orden de ideas, una interpretación del texto contractual no arroja duda alguna acerca de que las partes establecieron, de común acuerdo, que el valor del contrato estaba vinculado, de manera inseparable, al número de máquinas explotadas y a su modalidad de conformidad con la apuesta.

13 En la teoría general de los contratos, sus cláusulas, allende la búsqueda de la común intención de las partes en el sentido literal de las palabras, deben ser entendidas de conformidad con un criterio de interpretación auténtica⁵, esto es, de acuerdo con lo que las propias partes hayan podido interpretar sobre el propio texto, bien sea por escrito –mediante un otrosí, un acta aclaratoria o complementaria, un contrato diferente pero coligado u otros documentos similares– o por su comportamiento –siempre y cuando sea congruente y bilateral, o unilateral con aceptación o consentimiento de la otra parte–. Así, el artículo 1622

⁵ El artículo 25 del Código Civil lo consagra para efectos de la interpretación de la ley, al decir: “[L]a interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de manera general, sólo corresponde al legislador”; en relación con los contratos, la interpretación auténtica se encuentra consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, como un desarrollo de la autonomía contractual, puesto que si el legislador concede la facultad a las partes de configurar el contenido de un contrato y de modificarlo, pues más aún la concede para interpretar su sentido.

del Código Civil, alude al comportamiento de las partes posterior a la celebración del contrato, como criterio para aclarar el significado de sus expresiones o cláusulas, cuando indica en su inciso 3º que *“la aplicación práctica”* que han hecho del contrato *“ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra parte”*, se tendrá en cuenta para la interpretación respectiva.

13.1. Así, la Sala observa que las partes tenían claridad absoluta en torno a que Super 7 S.A. estaba obligado a explotar un número mínimo de máquinas y a pagar el valor respectivo, en tanto que el 6 de junio de 1996, el contratista, mediante comunicación escrita, pidió a la entidad que redujera el número mínimo de ellas e indicó que estaba en capacidad de *“explotar un mínimo de ochocientas cincuenta (850) máquinas electrónicas tragamonedas con apuesta hasta de cincuenta pesos moneda legal (\$50) y ciento cincuenta (150) con apuesta de cincuenta y un pesos moneda legal (\$51) hasta cien pesos moneda legal (\$100)”*.

13.2 Es decir, en el caso concreto, el contratista interpretaba sin lugar a hesitación que el texto contractual lo vinculaba respecto de un número exacto de máquinas, de dos modalidades específicas de apuesta que podía explotar y de una cifra determinada que debía pagar; de no ser así, no habría pedido expresamente la reducción del número de máquinas, sino que, simplemente, se abstendría de explotarlas. Y así también lo entendió la entidad, cuando junto con el contratista, suscribió el 26 de julio de 1996 el contrato adicional respectivo, por medio del cual se satisfizo la petición del contratista, se redujo el número de máquinas y se mantuvieron las dos modalidades de apuesta.

14 En contra del texto contractual y del comportamiento congruente de las partes, Super 7 S.A. explotó 170 máquinas con apuesta superior a \$100, las cuales no estaban comprendidas dentro del objeto del contrato, tal y como está probado en el expediente –párrafos 7.6, 7.7 y 7.9–.

14.1 De acuerdo con el artículo tercero de la resolución n.º 1759 del 27 de diciembre de 1995, expedida por el presidente de Ecosalud S.A. –aplicable a la relación contractual en virtud de lo dispuesto en las cláusulas vigésima y vigésima cuarta–, el valor que se debía pagar por la explotación de cada una de las máquinas con apuesta superior a \$100 ascendía al 31% del smlmv. En atención a lo anterior, Ecosalud S.A., mediante la cuenta n.º 00157 del 12 de septiembre de 1997, cobró al contratista el valor de los ajustes correspondientes al período comprendido entre los meses de enero y agosto de 1996, los cuales comprendían una cifra de \$24 063 845 –total ajustes transferencias: \$19 817 286 y total ajustes derechos \$4 246 559–.

14.2 La explotación de 170 máquinas con apuesta superior a \$100, cuestión que correspondió a una decisión unilateral e inconsulta del contratista, implicó que en la práctica dejara de explotar igual número de máquinas con apuesta de \$50 y que, en consecuencia, el número efectivo de éstas últimas en explotación fuera de 680, en lugar de las 850 máquinas a que se encontraba obligado de acuerdo con el contrato. Lo anterior implica, de acuerdo con el demandante, que se hizo un cobro doble respecto de las 170 máquinas en cuestión, puesto que la entidad cobró por ellas el 21% del smlmv, que correspondía al mínimo de máquinas de apuesta de \$50 y luego, al hacer los ajustes, el 31% del smlmv, que correspondía

a las 170 máquinas por valor de apuesta superior a \$100 efectivamente explotadas.

15 Ecosalud S.A., a través del acto administrativo impugnado interpretó unilateralmente el contrato, para lo cual invocó de manera expresa las facultades comprendidas en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993. Concluyó, de una parte, que había una obligación de pago mínimo respecto de las máquinas acordadas contractualmente, independientemente de que el contratista las explotara o no, y de la otra, que las máquinas que operaron con un valor de apuesta de \$100 en adelante, constituían *“una explotación adicional, no contemplada en el contrato”*, la cual fue cobrada al contratista con la tarifa establecida en la resolución n.º 1759 del 27 de diciembre de 1995, es decir, el 31% del smlmv. La Sala comparte la conclusión de que había un valor mínimo que se debía pagar a la entidad en función del número mínimo de máquinas, siempre y cuando la explotación correspondiera exactamente a ese número o fuera menor, puesto que si la explotación era por un número superior de máquinas dentro de las modalidades de apuestas autorizadas por el contrato, es decir, de \$50 y de \$51–\$100, se debía liquidar de conformidad con ese mayor número, el cual habría de reportarse en el documento denominado *“declaración mensual de instrumentos de juego”*.

16. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala se aparta de la conclusión de la entidad en torno a que la explotación de 170 máquinas con apuesta de \$100, se pudiera incorporar al objeto del contrato, a través de la interpretación unilateral realizada por Ecosalud S.A.

16.1 De conformidad con la teoría general, los contratos se pueden clasificar, en relación con las exigencias legales para su existencia, validez y eficacia, en reales, solemnes y consensuales, según la definición del artículo 1500 del Código Civil⁶. Dentro de estas categorías, la predominante y general es la de los consensuales, es decir, ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes respecto de sus elementos esenciales para que se perfeccione.

16.2 En el caso específico de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 determina en forma expresa⁷ que todos los que participan de esta naturaleza son solemnes, lo cual significa que el simple consentimiento de las partes no los perfecciona. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada y pacífica en cuanto a que un contrato estatal no existe hasta tanto no se haya cumplido la solemnidad del documento escrito:

... el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el

⁶ “Artículo 1500.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

⁷ “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”.

“Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, "...pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...". (Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencias de 29 de enero de 1998 Exp. 11099 y 4 de mayo de 1998, C.P. Daniel Suárez Hernández). Igualmente, por sabido se tiene que esta solemnidad, según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito ad substantiam actus, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman ... En el presente asunto, el contrato, afirmó el actor, se habría suscrito el 16 de junio de 1993, esto es, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, normativa según la cual era necesario elevar por escrito los contratos, en el entendido de que tal presupuesto hace parte de aquellas formalidades sustanciales que determinan la existencia del mismo y, por ende, de la definición del negocio jurídico, tal y como lo puntualizó la Sala en reciente pronunciamiento así:

“En materia contractual, los diversos estatutos que han regulado las relaciones negociales de los particulares con el Estado, han consagrado presupuestos que deben cumplirse tanto para la celebración del contrato, como para su perfeccionamiento y, así mismo, han determinado la forma de probar los contratos, siendo una constante para todas estas etapas, la necesidad de instrumentar el negocio mediante escrito. Para el perfeccionamiento del negocio, la normatividad contractual se ha inclinado por la necesidad del escrito como presupuesto para tal efecto, según la forma y condiciones señaladas, tanto en los anteriores decretos ley 150 de 1976 y 222 de 1983, que daban por perfeccionado el contrato con eventos específicos, a saber: la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo que los declarara ajustados a la ley, la aprobación de fianzas, el registro presupuestal o, la suscripción del contrato (art. 51 dcto 222 de 1983) y, para algunos contratos específicos, la aprobación del Consejo de Ministros, la autorización de la Junta Directiva del Banco de la República o de otra autoridad y la publicación en la Diario Oficial (entre otros, arts. 114, 158, 168 y 170 dcto 150 de 1976, arts. 220 y 232 dcto 222 de 1983), eventos éstos que, si se miran desde el punto de vista práctico, se harían de imposible cumplimiento sin el escrito contentivo del acuerdo negocial, como igualmente acontece en la actual ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 679 de 1994, que destacan en forma preponderante el escrito como uno de

los dos presupuestos para el perfeccionamiento de todo contrato. Del marco normativo contractual que ha regido a los contratos estatales se evidencia, claramente, que en la generalidad de los casos, la existencia del contrato pende y se acredita mediante el documento escrito y, es por eso que los contratos estatales se reputan solemnes. Tal característica de solemnidad del contrato estatal debe ser entendida en forma razonable y armónica con la disposición que consagra el aspecto de la prueba de los contratos, repetida en los estatutos contractuales de 1976 y de 1983; en la ley 80 de 1993, si bien el contrato continúa siendo solemne según lo preceptuado en los artículos 39 y 41, no existe una disposición específica y expresa sobre la forma de probarlo. Así, en el artículo 43 del decreto ley 150 de 1976 y en el artículo 55 del decreto ley 222 de 1983, en forma idéntica preceptuaban que la existencia de los contratos podía demostrarse *“por cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes”*, salvo que estuvieran sujetos a la formalidad de la escritura pública, instrumento éste último igualmente de carácter documental. a) Esa disposición probatoria autoriza la utilización de cualquiera de los medios de convicción relacionados en el artículo 175 ibidem, a saber: testimonios, indicios, etc., pero, con la siguiente advertencia expresa: *“sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”*. b) Por su parte, las disposiciones contractuales de naturaleza sustancial contenidas en los artículos 18 y 39 del decreto ley 150 de 1976, 26 y 51 del decreto ley 222 de 1983 y 41 de la ley 80 de 1993 -según el caso-, imponen, perentoriamente y por regla general, la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico contractual, constituyéndose así en requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem*, que, imposibilita probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, dado el carácter especial que revisten aquellas normas. c) Esa situación probatoria *ad solemnitatem* también se predica, en forma estricta y con mayor razón, cuando se trata de instrumentar esa relación mediante escritura pública, en los casos que así lo exige expresamente la ley. d) En ese contexto, habrá de interpretarse que el artículo 43 del decreto ley 150 de 1976 y el artículo 55 del decreto ley 222 de 1983, que daban vía libre a la posibilidad de probar la existencia del contrato con cualquier medio de convicción de los previstos en el artículo 175 del C. de P. C., serían aplicables, como por ejemplo: frente a aquellos negocios jurídicos en los que la ley no exigió que el contrato constara por escrito o, cuando el contrato se destruye materialmente, entre otros eventos. En efecto, a título de mención, se hace referencia a los contratos cuya cuantía fuera menor a: \$50.000,00, en vigencia del decreto ley 150 de 1976 (art. 18) y, \$300.000,00, en aplicación del decreto ley 222 de 1983 (art. 26). Actualmente, en la ley 80 de 1993, el legislador exceptuó la solemnidad escrita para los negocios jurídicos que pueden celebrarse sin formalidades plenas, pero, exige la orden previa y escrita de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato expedida por el jefe

o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto (art. 39). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de noviembre de 2006, exp n.º 16855, C.P. Fredy Ibarra Martínez).”

En tal virtud, concluyó la Sala en la jurisprudencia transcrita in extenso y que ahora se reitera, que, la regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito ad substantiam actus y ad solemnitatem, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, toda vez que el contrato, el escrito y su prueba son inseparables⁸.

16.3 De lo anterior se colige que la modificación del objeto contractual también debe constar por escrito para que pueda alcanzar existencia, validez y eficacia, puesto que la modificación de un acuerdo al que legalmente se exige que conste por escrito, debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del acuerdo originario, ha de ser exigida para reconocer existencia, validez y eficacia, al que lo modifica. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario.

17 En ese orden de ideas, la Sala considera que un elemento determinante para la conformación del objeto del contrato, de acuerdo con lo que las partes dispusieron, era el valor de la apuesta de las máquinas respecto de las cuales se concedió el derecho de explotación. En el texto originario del contrato se estipuló que las modalidades de apuesta para las cuales estaba autorizado el contratista eran dos: de \$50 y de \$51 a \$100; la modalidad de apuesta de \$100 en adelante no se incluyó en el objeto del contrato en el texto originario, ni en las modificaciones realizadas por las partes –de fechas 26 de julio de 1996 y 2 de mayo de 1997–.

17.1 Las diferentes modalidades de apuestas obedecían a la calificación que al respecto estableció, entre otras normas, la resolución n.º 1759 del 27 de diciembre de 1995, expedida por el presidente de Ecosalud S.A., en cuyo artículo tercero, como se mencionó antes, se prescribían los tipos de apuestas y el valor de la transferencia mensual por cada “*máquina electrónica tragamonedas*”, así: (i) máquina con apuesta hasta de \$50: 21% del smlmv; (ii) máquina con apuesta superior a \$50 y hasta \$100: 26% del smlmv; (iii) máquina con apuesta superior a \$100: 31% del smlmv.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. n.º 16852, C.P. Ruth Stella Correa.

17.2 En materia de interpretación de los contratos existe el criterio restrictivo⁹, también conocido como *expressio unius est exclusio alterius*, el cual significa que en todos aquellos casos en los que se haya realizado una lista de términos, actividades o conceptos para determinar el contenido del contrato, se entenderá que sólo ellos lo comprenden, de suerte que estarán excluidos los términos, actividades o conceptos que no estén expresamente estipulados. Domat presenta el criterio bajo la siguiente regla: “14. Las convenciones tienen sus límites dentro de su materia. Todas las cláusulas de las convenciones tienen su sentido limitado a la materia de que se tratan y no deben ser entendidas en cosas que no se hayan pensado”¹⁰. En el asunto *sub judice*, la incorporación expresa de las modalidades de apuesta de \$50 y de \$51-\$100, implica que la apuesta de \$100 en adelante, en tanto que se no se incluyó en el texto contractual originario ni en sus modificaciones, no hace parte de su contenido y, en consecuencia, queda excluida de él.

17.3 Ahora bien, el criterio de interpretación extensiva podría dar lugar a considerar, erradamente, que las apuestas de valor superior a \$100 estarían incorporadas en el contenido del contrato, aun cuando no hubiera una manifestación expresa en el texto. Este criterio, debidamente consagrado en la legislación nacional¹¹, se aplica para extender el contenido del contrato a hipótesis que no fueron expresamente dispuestas por las partes. Así, cuando quiera que los contratantes hayan incluido indicaciones en el texto contractual que tengan carácter de ejemplo o que sean útiles para explicar un pacto mediante su descripción, no se excluirán los supuestos no expresados, pues el contenido del contrato incluirá todos aquellos a los cuales se pueda extender razonablemente. Afirma Messineo al respecto: “...el alcance de una cláusula contractual debe llegar hasta el límite del que ella es capaz de acuerdo con la razón”¹².

17.4 En el caso concreto, la Sala concluye que el criterio de interpretación extensiva no tendría aplicación, dado que la enumeración de las máquinas y de sus categorías en función del valor de las apuestas no constituían un ejemplo, ni menos aun la explicación de un pacto, sino la presentación taxativa y exacta del objeto del contrato. Las máquinas con apuesta superior a \$100 constituían otra modalidad de permiso de explotación, con una tarifa diferente.

18 En consecuencia, habida consideración de la falta del documento escrito para dar solemnidad a la modificación en el objeto del contrato, y de la interpretación restrictiva que se imponía hacer a la primera cláusula del contrato, la Sala concluye que la entidad no estaba legalmente habilitada para modificar el contrato mediante la utilización de la figura de la interpretación unilateral, comprendida en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993¹³. Esta norma fue declarada exequible por

⁹ “Artículo 1619. Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”

¹⁰M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*. (tome premier), Paris, 1771, p. 26

¹¹ “Artículo 1623. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a los que naturalmente se extiende.”

¹²F. MESSINEO *Doctrina General del Contrato* (Trad. R. FONTANARROSA y otros), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p.109

¹³ *De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que pueden conducir a la paralización o a la*

parte de la Corte Constitucional¹⁴, en el entendido de que, como el propio sentido literal lo precisa, se trata de una prerrogativa concedida a favor de la entidad estatal para interpretar la voluntad de las partes, pero no para modificarla en contra de las prescripciones legales que exigen la formalidad del documento escrito.

18.1 Por lo anterior, la Sala concluye que la resolución 2139 del 5 de noviembre de 1999, expedida por Ecosalud S.A., está afectada de nulidad, tal y como se declarará en la parte resolutive, pues se configura la causal de desviación de las atribuciones propias comprendida en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984.

18.2 La doctrina nacional ha precisado al respecto:

Comúnmente se conoce como desviación de poder, y tiene lugar cuando un acto administrativo que i) fue expedido por un órgano o autoridad competente, y ii) con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Tiene entonces correspondencia con el elemento fin del acto administrativo, el cual, que se supone en todo acto administrativo, se presume legítimo, esto es, que el fin perseguido es el previsto en la regulación jurídica aplicable al acto, pero que deviene en ilegítimo, cuando el autor del acto se aparta del anterior, caso en el cual se configura la comentada causal. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente. Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para

afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

¹⁴ Sentencia C-1514/00 de 8 de noviembre de 2000, C.P. (E) Martha Victoria Sáchica: “La norma acusada autoriza a la administración para interpretar unilateralmente contratos celebrados por la administración. La misma disposición señala dos requisitos concurrentes para que proceda el ejercicio de la cláusula: que las disposiciones objeto de interpretación “puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer” con el contrato y, que exista un intento de acuerdo previo. Es decir, la ley únicamente autoriza a la administración a interpretar unilateralmente las cláusulas de un contrato si, a la falta de un acuerdo con la contraparte, se compromete la realización de algunos fines estatales: prestar un servicio público. En resumen, solamente procede a fin de asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (C.P. art. 365). La Corte considera que la interpretación unilateral, en los términos del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, resulta razonable, pues con el objeto de asegurar el cumplimiento de un mandato de la Constitución, el legislador ha autorizado a la administración para que, dadas las circunstancias previstas en la disposición, la prestación de los servicios públicos (elemento de su eficiente prestación) no se vea interrumpida mientras se resuelven las diferencias entre la administración y el contratista sobre la ejecución del contrato. Debe tenerse en cuenta, además, que la ley ha previsto que el contratista tiene el derecho de solicitar “que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas” (Ley 80 de 1993 artículo 5° inciso 2 del numeral 1°, artículo 14 numeral 1), con lo cual resulta claro que el interés económico del contratista se ve preservado frente a las decisiones de la administración. En estas condiciones, de otra parte, no se aprecia que la interpretación unilateral implique violación del principio de economía (C.P. art. 209), pues indudablemente resulta más “económico” para los fines estatales, garantizar la normal prestación de los servicios públicos, que sujetarlos a las decisiones judiciales, cuya competencia, sea del caso advertir, no se elimina por el ejercicio de la mencionada facultad”.

*cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce*¹⁵.

19 No obstante, la declaratoria de nulidad no dará lugar a la restitución de suma alguna a favor de Super 7 S.A., puesto que el artículo 1525 del Código Civil prescribe que *“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*, de conformidad con la máxima *“in pari causa turpitudinis cessat repetitio”*.

19.1 Conviene recordar que la causa está definida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 1524 del Código Civil¹⁶, como *“el motivo que induce al acto o contrato”*, y la causa ilícita como aquella *“prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”*. Es importante advertir que el ordenamiento jurídico colombiano predica la noción de causa no sólo de los contratos, sino de *“toda la esfera amplísima en que se mueve la autonomía de la voluntad privada, vale decir, respecto de todos los actos jurídicos... inclusive de los unipersonales”*¹⁷. El objeto, por su parte, no encuentra una definición expresa dentro del Código Civil, no obstante lo cual la doctrina nacional define que *“objeto de la disposición es el interés mismo a que se refiere y puede consistir en cualquiera porción del mundo exterior útil para el hombre, como en cualquier servicio o actividad humana igualmente aprovechable”*¹⁸. El Código Civil dispone que: (i) habrá objeto ilícito *“en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación”*¹⁹ y *“en todo contrato prohibido por las leyes”*²⁰; (ii) será moralmente imposible el objeto *“prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”*²¹; (iii) y habrá *“objeto ilícito en la enajenación: 1. De las cosas que no están en el comercio. 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”*²².

19.2 En el asunto *sub judice*, el comportamiento del contratista, consistente en explotar máquinas tragamonedas por valor de apuesta superior a \$100, sin contar con autorización para ello de parte de la entidad y sin reportarlo dentro de la *“declaración mensual de instrumentos de juego”*, configura un acto ilícito, en tanto que obró por fuera de la órbita del acuerdo contractual y ocultó información a la

¹⁵ L.E. BERROCAL, *Manual del acto administrativo*, 5ª Edición, El Profesional, Bogotá, 2009, p. 503

¹⁶ Código Civil: *“Artículo 1524.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”*.

¹⁷ G. OSPINA, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Temis, Bogotá, 1987, p.289

¹⁸ F. HINESTROSA, *Curso de Obligaciones (Conferencias)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1961, p. 197

¹⁹ Código Civil: *“Artículo 1519.- Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.”*

²⁰ Artículo 1523 del Código Civil.

²¹ Código Civil: *“Artículo 1518.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”*

²² Artículo 1521 del Código Civil.

entidad sobre la modalidad de máquinas que estaba explotando, con la implicación que ello tenía respecto de la tarifa superior que debía pagar.

19.3 Así, el contratista obraba, a sabiendas, con causa ilícita, puesto que en contra de las normas imperativas que prescriben la formalidad del documento escrito para la creación y modificación del contenido del contrato estatal –las cuales hacen parte del orden público–, tal y como lo refiere la resolución 2139 del 5 de noviembre de 1999, expedida por Ecosalud S.A., “operó un número mayor de máquinas electrónicas tragamonedas y además, modificando las apuestas acordadas en el contrato, situación que fue detectada a tiempo por ECOSALUD S.A. y manifestada al operador” –párrafo 7.11–. También dan fe respecto del acto de explotación con causa ilícita, la comunicación del 20 de agosto de 1997, que Ecosalud S.A. dirigió a Super 7 S.A. –párrafo 7.6– y la del 4 de agosto de 1998, del jefe del departamento jurídico de Ecosalud con destino al contratista –párrafo 7.9–.

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

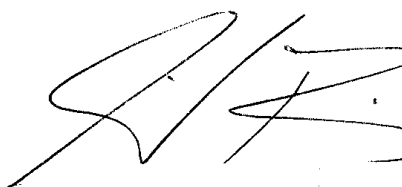
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 19 de noviembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

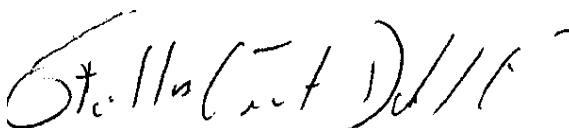
SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la resolución n.º 2139 del 5 de noviembre de 1999, expedida por Ecosalud S.A., de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones incorporadas en la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO