

CADUCIDAD – Concepto – Derecho de acción

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio. Corresponde a una figura jurídica de orden público a través de la cual el legislador impone limitaciones temporales razonables al derecho subjetivo de acceso a la administración de justicia, en aras de evitar la indefinición de las situaciones jurídicas materia de controversia entre las partes y, de esta manera, brindar protección de un interés general representado en la seguridad jurídica, la confianza legítima y el debido proceso, en tanto una vez surtido el término de caducidad de la acción legalmente establecido, ésta ya no se podrá incoar por el interesado y se habrá perdido la facultad de acceder a la jurisdicción.

NULIDAD ABSOLUTA – Concepto – Efectos

En este punto, resulta necesario recordar que la nulidad absoluta es la sanción legal que se deriva de la existencia de un vicio en el nacimiento de un acto jurídico determinado y que la ley ha considerado de tal gravedad, que amerita su exclusión del ámbito jurídico, como lo es el objeto o causa ilícitos, los actos contrarios al derecho público de la Nación, o de enajenación de los derechos personalísimos, etc., por lo que la ilegalidad que lo afecta, se predica del momento mismo en que tal acto surge, razón por la cual, cuando aquella se declara judicialmente, por regla general tiene efectos *ex tunc*, es decir que no solamente pone fin a la eficacia futura del acto o contrato sino que también obra retroactivamente, haciendo desaparecer los efectos producidos y volviendo las cosas al estado que tenían antes de su surgimiento.

Esa circunstancia es la que permite entender por qué el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento del perfeccionamiento del contrato, pues es allí en donde se produce el defecto grave que lo vicia de nulidad.

LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL – Naturaleza - – Liquidación bilateral – Liquidación unilateral – CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO – Etapas – Ejecución – Liquidación

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido de manera constante y pacífica la naturaleza de la liquidación de los contratos estatales -bilateral o unilateral-, manifestando que la misma *"es una actuación administrativa posterior a la culminación de su plazo de ejecución o a la declaratoria de terminación unilateral o caducidad (artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993), que tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quien y cuánto; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y*

salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual y ha establecido la clara diferencia que existe entre la etapa de ejecución y la etapa de liquidación de los contratos, con sus diferentes oportunidades, finalidades y propósitos, estableciendo que, "[e]n este orden de ideas, se destaca que determinados contratos de la Administración ("los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran") tienen dos etapas: una de ejecución, para cumplir en forma oportuna y puntual las obligaciones y el objeto del contrato por las partes; y otra para su liquidación, con el propósito de conocer en qué estado y en qué grado quedó esa ejecución de las prestaciones y extinguir finalmente la relación contractual".

CONTRATO DE CONCESIÓN – Juegos de suerte y azar – Operación directa

Dentro de los modos de operación de los juegos de suerte y azar, se contempla la operación directa, por parte los departamentos y el distrito capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público establecidas en la ley para tal fin (art. 6); y la operación mediante terceros (art. 7), que es aquella realizada por personas jurídicas en virtud de autorización, a través de contratos de concesión en los términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales o sus empresas industriales y comerciales del Estado, o sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la ley; se dispuso que en este caso de operación mediante terceros, la renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que, por la operación de cada juego, debe pagar el operador, y que el término del contrato no puede ser inferior a 3 años ni superior a 5 y su celebración deberá seguir las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante.

[...]

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 643 de 2001, cuando la operación del juego de suerte o azar se haga por intermedio de terceros, éstos deberán ser personas jurídicas con quienes se celebre el respectivo contrato de concesión, el que, por lo tanto, estará sujeto a las normas del estatuto general de contratación de la administración pública, y sobre el cual la jurisprudencia ha manifestado.

FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ – Declaratoria de nulidad absoluta del contrato - Caducidad de la acción

(...) el juez cuenta con competencia para ejercer sus facultades oficiosas, incluida la declaratoria de nulidad absoluta en caso de que se reúnan los presupuestos legales, las cuales conserva aún en el evento en que hubiere operado la caducidad de la acción para pedir la nulidad absoluta de la referida Acta a la luz de lo dispuesto en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.,

teniendo en cuenta que la demanda, en la que se adujeron pretensiones de incumplimiento contractual, fue presentada el 14 de noviembre de 2012. Ello es así toda vez que, tal y como lo ha establecido la Sala, "(...) cuando el juez del contrato se enfrenta a solicitudes de contenido patrimonial sustentadas en un contrato nulo que fueron presentadas dentro del término legal, es procedente declarar de oficio la nulidad, aun cuando la pretensión anulatoria haya caducado. De lo contrario, se otorgaría validez a derechos subjetivos o crediticios derivados de un título abiertamente contrario al ordenamiento jurídico", a lo que cabe agregar que "(...) como también ha sostenido la Corporación, la caducidad es exigible a las partes del contrato o a los terceros con interés que soliciten su nulidad, pero no al juez cuando la declara de oficio. Esto cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos —especialmente en segunda instancia—, el juez conoce del proceso cuando el término de caducidad de la pretensión ya ha vencido.

CAUSAL DE NULIDAD – Vicio de nulidad – Modificación ilegal del contrato

Para la Sala, el anterior acuerdo de voluntades se encuentra viciado de nulidad absoluta, toda vez que se trató de una modificación ilegal del contrato, que resulta violatoria de la ley especial en que debía fundarse, regulatoria de los juegos de suerte y azar.

Lo anterior, por cuanto mediante ese acuerdo de voluntades las partes desconocieron que, para modificar los pagos mínimos que debía efectuar el concesionario con base en las estimaciones de ingresos proyectados a partir del estudio de mercado, debían cumplir con lo previsto en el Decreto 3535 de 2005, Decreto 4643 de 2005 y en las Circulares 17 de 2005 y 047 de 2007 emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, y no podían justificarse en la materialización de un riesgo —asumido además por el concesionario— para reducir las estimaciones y, por esa vía, los ingresos destinados al sistema de salud.

ESTUDIO DE MERCADO – Valor contrato de concesión – Juegos de suerte y azar

Por lo anterior, determinó, así mismo -numeral 14-, que el valor mensual y anual que, por concepto de derechos de explotación para un período determinado, establezca el respectivo estudio de mercado con fundamento en los ingresos brutos esperados de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, constituye el valor del respectivo contrato de concesión; y que durante la ejecución del contrato, el concesionario, en aplicación de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, deberá cancelar el valor mensual y anual por concepto de derechos de explotación pactado en el negocio jurídico y establecido por el respectivo estudio de mercado a partir de los ingresos brutos esperados para el período correspondiente.

[...]

Dicho en otras palabras, los ingresos brutos surgidos de los estudios de mercado que precedieron la celebración del contrato de concesión y la modificación del valor del contrato mediante el Otrosí No. 1, los cuales debían tenerse en cuenta para el cálculo de los derechos de explotación, se determinaban, según el régimen jurídico del juego de apuestas permanentes o chance, sin tener en cuenta el IVA, es decir antes de aplicar el porcentaje correspondiente a este gravamen, fuera del 5% o del 16%.

Las normas estudiadas establecen que se deben fijar los ingresos mínimos esperados en la ejecución del contrato de concesión, los que si bien pueden ser modificados por acuerdo entre las partes, conforme a lo previsto en la Sección 12 de la Circular Externa 17 de 2005 de la Superintendencia Nacional de Salud⁴⁷, no lo pueden ser por su sola voluntad ni con fundamento en razones jurídicamente improcedentes. Así se desprende de lo dispuesto en la Ley 643 de 2001, su Decreto Reglamentario 3535 de 2005, el Decreto 4643 de 2005 y las referidas Circulares 17 y 047. El artículo 2 del Decreto 3535 de 2005 exige que tanto la elaboración de los estudios de mercado como las modificaciones que pretendan introducirse a los valores allí establecidos, deben sujetarse a los lineamientos fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.

RIESGO FISCAL – Pliego de condiciones – Contrato de concesión

Cabe agregar que, conforme a lo dispuesto tanto en el pliego de condiciones como en el contrato, al contratista le correspondía asumir el riesgo fiscal, esto es, el impacto adverso derivado de una variación en la tarifa del IVA. Así, según el pliego de condiciones -num. 7.5.1.4- (f. 95, c. 11), el concesionario debía asumir los riesgos que se derivaran de la operación del contrato de concesión, sin que éstos pudieran ser trasladados al comercializador, agencia o punto de venta; de acuerdo con el numeral 17 de la cláusula séptima del contrato de concesión (f. 39, c. 9), el concesionario asumió el riesgo del éxito o fracaso de la operación del juego de apuestas permanentes, y por ello obraba por su cuenta y riesgo; y, según la cláusula décima octava del contrato, relativa al conocimiento del mercado, el concesionario declaraba que conocía y aceptaba las condiciones del mismo en el departamento de Caldas conforme a los estudios previos de la licitación, las condiciones de su comercialización y demás aspectos de carácter económico, laboral, fiscal, impositivo, etc. que pudieran influir en la ejecución del contrato y, por lo tanto, la entidad no admitiría reclamos o incumplimientos fundados en estos motivos

NULIDAD ABSOLUTA – Contrato estatal – Declaración de oficio – Causales - Objeto ilícito – Normas imperativas

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y por las causales especiales allí consagradas: cuando i) se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; ii) se celebren contra expresa prohibición constitucional o

legal; iii) se celebren con abuso o desviación de poder; iv) Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

Según el artículo 45 de la Ley 80, la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, y conforme al último inciso del artículo 141 del CPACA, *"El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes"*. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, *"(...) son tres los requisitos que deben reunirse para declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un negocio jurídico: (i) que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o se encuentre plenamente probado, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes"*

A su vez, el artículo 1741 del Código Civil, dispone que hay nulidad absoluta del acto o contrato que tengan objeto o causa ilícitos, mientras que el artículo 1519 establece que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la nulidad absoluta puede pregonarse tanto del contrato en sí, como de alguna o algunas de sus cláusulas y así mismo, de los acuerdos de voluntades accesorios que, con fundamento en aquel, suscriban las partes, como lo son las adiciones, prórrogas, suspensiones, la liquidación bilateral, etc., categoría dentro de la cual se puede ubicar el "Acta de Interpretación Bilateral" suscrita por las partes en ejecución del contrato de concesión que celebraron en 2006 para la explotación del juego de apuestas permanentes o chance.

[...]

Se reitera que el negocio jurídico objeto de la presente controversia es un contrato de concesión de un monopolio estatal creado como arbitrio rentístico destinado a la salud, por lo que su regulación está contenida en normas imperativas de orden público, cuya vulneración vicia de nulidad absoluta el respectivo acuerdo de voluntades que incurra en dicha vulneración.



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: **MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación número: 170012333000201200192 02 (62088)
Actor: Susuerte S.A.
Demandado: Empresa Departamental para la Salud EDSA
Acción: Controversias contractuales

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 4 de mayo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda de los procesos acumulados 2012-00192-00 y 2013-00186-00.

ANTECEDENTES

Proceso 17-001-23-33-000-2012-00192-00

Demanda

1. El 14 de noviembre de 2012, la sociedad SUSUERTE S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de la Empresa Departamental para la Salud EDSA, cuyas pretensiones fueron w(f. 2, c. 9):

1. Que se declare la existencia del contrato de Concesión, integrado además, por sus otro sí (sic) y el acta de interpretación bilateral, celebrado entre LA EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD y SUSUERTE S.A., para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas, durante el periodo de enero 1 de 2007 y diciembre de 2011.

2. Que se declare que la EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD EDSA, incumplió las obligaciones contractuales pactadas en el CONTRATO y en especial en el ACTA BILATERAL DE INTERPRETACIÓN, celebrada entre las partes, el día 09 de septiembre de 2010.

3. Que como consecuencia del incumplimiento anterior, se declare que en la ejecución del contrato de Concesión celebrado entre EDSA y SUSUERTE S.A., se produjo un desequilibrio económico entre las prestaciones de las partes y en desfavor de SUSUERTE S.A.



4. Que en virtud de la anterior declaración, se obligue a EDSA, a reconocer y pagar a favor de SUSUERTE S.A., la suma de DOS MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.328.513.135,00) de acuerdo a los hechos de la demanda.

5. Que se ordene la liquidación del contrato, para lo cual se tendrá en cuenta a favor de SUSUERTE S.A., la suma anteriormente reconocida.

6. Como resultante de la liquidación anterior, se ordene a EDSA, a pagar al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, el valor que resulte a deber a favor de SUSUERTE S.A.

7. Que las sumas que sean reconocidas y a cuyo pago sea condenada la entidad demandada, sean actualizadas así: Desde la fecha del pago de lo no debido, hecho por la entidad contratista y hasta la fecha de la liquidación judicial del contrato.

8. Que se liquiden los intereses de mora desde el momento en que cobre ejecutoria la sentencia, en los términos del inciso 3 del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

9. Que se condene en costas a la DEMANDADA, según lo dispuesto en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

10. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.

2. En los hechos, la parte actora dio cuenta de la celebración entre las partes, el 20 de diciembre de 2006, del contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas durante el período de enero 01 de 2007 y diciembre 31 de 2011, con un valor estimado de \$50.497'028.674 -cláusula segunda-.

3. En el párrafo de la cláusula segunda del contrato se pactó el pago mensual, por parte del contratista, de los derechos de explotación, que ascendían al 12% de las ventas brutas, o con sujeción a los valores fijados en el pliego de condiciones, establecidos con base en el estudio de mercado a partir de los ingresos brutos esperados para el período correspondiente; así, si la liquidación de los derechos del 12% de los ingresos brutos obtenidos por el concesionario era superior a los derechos de explotación establecidos contractualmente, aquel debía pagar el 12% de los ingresos brutos efectivamente obtenidos; si tal liquidación resultaba inferior, el concesionario debía pagar los derechos de explotación pactados en el contrato. En los primeros 10 días de cada mes, el concesionario debía presentar la declaración de ingresos del período mensual anterior, así como la autoliquidación mensual de los derechos de explotación y los gastos de administración.



4. La cláusula segunda del contrato fue modificada mediante otrosí No. 1 del 19 de enero de 2009, variando el valor total estimado a \$41.173'164.363 —de los cuales \$15.933'431.907 correspondían a la etapa de enero de 2007 a diciembre de 2008 y \$25.239'732.456 a la etapa de enero de 2009 a diciembre de 2011—, como resultado de un estudio de mercado que se llevó a cabo por solicitud del contratista, quien pidió revisar el valor mínimo establecido y se fijaron los montos anuales y mensuales del contrato por los años 2009 a 2011 —aunque el parágrafo de dicha cláusula permaneció igual—. Mediante otrosí No. 2 se corrigió el valor de la etapa de enero de 2009 a diciembre de 2011, que quedó en \$25.239'738.546.

5. Para la época de celebración del contrato y sus otrosíes, estaba vigente el Decreto nacional 427 de 2004, que disponía que las apuestas permanentes o chance generarían un impuesto sobre las ventas a la tarifa del 5%, precisando que en ningún caso este impuesto formaría parte de la base para el cálculo de los derechos de explotación, previstos en la Ley 643 de 2001.

6. Mediante Decreto Legislativo 127 del 21 de enero de 2010 se incrementó el referido impuesto del 5 al 16%, a partir del 1 de febrero de ese año, norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2010, que difirió sus efectos hasta el 16 de diciembre de ese año.

7. El 12 de julio de 2010 fue expedida la Ley 1393, que en su artículo 3 modificó definitivamente el inciso cuarto del literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario, convirtiendo en legislación permanente la aplicación de la tarifa general del impuesto sobre las ventas a los juegos de suerte y azar, esto es, estableció la tarifa general del 16% de IVA sobre las apuestas permanentes.

8. Para compensar la disminución por derechos de explotación en el juego de apuestas permanentes o chance, a causa de la nueva tarifa del impuesto a las ventas, la Ley 1393 dispuso que el Ministerio de Hacienda y Crédito compensaría anualmente la disminución en términos constantes del recaudo por derechos de explotación de dicho juego.

9. Con base en lo anterior, el contratista solicitó a la entidad que se fijaran los valores mínimos mensuales de los derechos de explotación a favor de EDSA descontando el valor del IVA del 16% para el período de febrero de 2010 a diciembre de 2011, solicitud que fue aceptada por EDSA, lo que llevó a que las



partes suscribieran, el 9 de septiembre de 2010, Acta de Interpretación Bilateral, que recayó sobre el entendimiento de lo estipulado en la cláusula segunda del contrato y la cláusula primera del otrosí No. 1, en el sentido de que a partir del 1 de febrero de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011 la tarifa del IVA sobre el juego de apuestas permanentes o chance era la fijada por el Decreto 127 de 2010, es decir del 16%, y en consecuencia debía aplicarse sobre los valores mensuales de las ventas brutas establecidas en el estudio de mercado vigente para liquidar los derechos de explotación que se debían cancelar por el concesionario. Por lo tanto, se precisó que el valor de los derechos de explotación se debía calcular tomando el valor de las ventas brutas establecidas por el estudio de mercado y que fueron base del otrosí No. 1, mes a mes, dividiéndolas en 1.16, y el resultado se multiplicaría por el 12% para obtener los derechos de explotación mínimos que debería cancelar el concesionario.

10. Según lo anterior, al aplicar para su liquidación el 16% correspondiente al IVA, el pago a cargo de SUSUERTE S.A. resultaba ser menor al proyectado.

11. En vísperas a la terminación del contrato, en noviembre de 2011, el concesionario pidió la expedición de un paz y salvo, el cual le fue negado con el argumento de que debía la suma de \$2.351'798.020, por concepto de derechos de explotación y gastos de administración por el período comprendido entre febrero de 2010 y octubre 31 de 2011 más intereses moratorios, cálculo que se llevó a cabo sin tener en cuenta lo estipulado en el Acta de Interpretación Bilateral suscrita por las partes.

12. Lo anterior constituyó un incumplimiento contractual de la entidad demandada y configuró una arbitrariedad, pues el demandante tuvo que consignar las sumas reclamadas para poder obtener el paz y salvo requerido para participar en una nueva licitación, suma que no le fue devuelta por EDSA.

13. Adujo la demandante, que configuró así mismo el rompimiento del equilibrio económico del contrato y un enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, quien a pesar de la reiterada solicitud del contratista para que el contrato fuera liquidado reconociendo la devolución de lo indebidamente pagado, se negó a practicarla.



Trámite de primera instancia

14. La demanda fue admitida mediante auto del 20 de noviembre de 2012 en el que se ordenó su notificación a la parte demandada, al ministerio público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (f. 113, c. 9).

15. La **Empresa Departamental para la Salud EDSA** contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Aceptó algunos hechos, negó otros, se atuvo a lo que resultara probado respecto de los demás y propuso las excepciones de i) inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, pues no resulta procedente pedir al mismo tiempo el incumplimiento contractual, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y su liquidación judicial, e ii) inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario, toda vez que la entidad demandada sólo es un ente encargado de administrar el monopolio y que sólo devenga el 1% de los derechos de explotación, recursos que debían ser consignados directamente a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, entidad que debió ser la convocada en el presente proceso (fl. 126, c. 9).

16. Como razones de la defensa, adujo que el objeto del contrato se cumplió a cabalidad, pues el concesionario explotó con normalidad el juego de apuestas permanentes sin interferencia alguna de la entidad contratante, quien dio cabal cumplimiento a las obligaciones a su cargo contenidas en la cláusula novena del negocio jurídico.

17. Agregó que no se había liquidado el contrato por cuanto se hallaba en curso una investigación de la Contraloría General de la República, por un posible detrimento patrimonial al Sistema de Salud del Departamento de Caldas, derivado de la suscripción de los otrosíes 1 y 2, por lo que se habían compulsado copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigara lo de su competencia. Y que fue por esta misma razón que la junta directiva de EDSA determinó el valor del contrato sin contar con el Acta de Interpretación Bilateral.

18. Finalmente, sostuvo que, contrario a lo afirmado por el demandante, al hacer el balance económico de la concesión, SUSUERTE S.A. aún le debía a la Dirección Territorial de Caldas \$111'969.869 por derechos de explotación y a EDSA \$35'035.372 por concepto de administración, sumas que fueron presentadas en cuenta de cobro al contratista sin obtener pronunciamiento alguno por éste.



19. La **Dirección Territorial de Salud de Caldas**¹ presentó **contestación de la demanda** en la cual se opuso a las pretensiones, por cuanto no es la entidad llamada a responder por los perjuicios que hubiere podido sufrir la parte actora, ya que no estaba a cargo de la administración del monopolio rentístico del juego de apuestas permanentes o chance ni tenía relación alguna con el demandante, y propuso las excepciones de: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) ausencia de responsabilidad atribuible a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, iii) inexistencia de la obligación normativa, iv) ausencia de pruebas respecto del daño reclamado, indebida tasación de los montos de la indemnización y v) la excepción genérica. En escrito aparte, formuló llamamiento en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Liberty Seguros S.A. (f. 299 y 329, c. 5).

Proceso 17-001-23-33-000-2013-00186-00:

20. El 16 de mayo de 2013, la sociedad SUSUERTE S.A. presentó demanda en contra de la Empresa Departamental para la Salud de Caldas EDSA (f. 23, c. 3), en cuyas pretensiones pidió i) que se declarara la nulidad del siguiente aparte del parágrafo de la cláusula segunda del contrato de concesión celebrado con la demandada el 20 de diciembre de 2006 para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas en el período de enero 1 de 2007 a 31 de diciembre de 2011: *“o el valor que por concepto de explotación se pacta en la presente cláusula con sujeción a los valores fijados en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 002 de 2006, establecidos con base en el estudio de mercado a partir de los ingresos brutos esperados para el periodo correspondiente”*; y *“En (sic) evento en que la liquidación de los derechos de explotación producto del 12% de los ingresos brutos percibidos por el concesionario, resulte inferior a los derechos de explotación estipulados en el contrato, aquel deberá cancelar los derechos de explotación pactados en el contrato”*, por su manifiesta contradicción con el ordenamiento jurídico aplicable al juego de apuestas permanentes o chance, al haber convertido el concepto de rentabilidad mínima en una obligación de pago, en contravía de lo dispuesto en los artículos 8 y 23 de la Ley 643 de 2001 y su recto entendimiento por parte de la

¹ En la audiencia inicial llevada a cabo en varias sesiones, se decidió notificar la demanda a esta entidad, por considerar que se trata de un tercero con interés directo. Se consignó: *“(ii) de manera oficiosa, el Despacho halló configurada la excepción contenida en el numeral 11 del artículo 97 del C.P.C., dado lo cual, conforme al artículo 171 numeral 3 de la Ley 1437/11 y a los fundamentos normativos esbozados de la Ley 643/01, se concluyó que la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS debe ser citada al proceso, por ser tercera directamente interesada en las resultas del mismo”*. (f. 248, c. 9).



jurisprudencia del Consejo de Estado; ii) que se declarara que EDSA desbordó sus facultades contractuales con la indebida interpretación que dio al concepto de rentabilidad mínima, desconociendo lo establecido en los artículos 8 y 23 de la Ley 643 de 2001, obligando a pagar a SUSUERTE S.A., en su condición de concesionaria, como derechos de explotación (12%) y gastos de administración (1%), valores calculados sobre la rentabilidad mínima que arrojó el estudio de mercado contenido en la cláusula segunda del contrato de concesión y no sobre los ingresos brutos de la concesión del juego de apuestas permanentes, como correspondía; iii) que se declarara que SUSUERTE S.A. pagó a la entidad concedente un mayor valor por concepto de derechos de explotación por la suma de \$8.285'524.209 y un mayor valor por concepto de gastos de administración por la suma de \$82'855.242; iv) como consecuencia de lo anterior, que se condenara a la demandada a devolver a la parte actora la suma de \$8.368'379.451 y que, v) al liquidar el contrato, como se solicitó en otro proceso, se ordenara a EDSA reconocer y pagar a su favor dicho valor debidamente actualizado más los intereses moratorios correspondientes.

21. Como sustento fáctico de sus pretensiones, dio cuenta de la celebración entre las partes del contrato de concesión objeto de la presente controversia, del que resaltó el contenido de la cláusula segunda, en la que se consignó su valor estimado para toda la vigencia contractual (\$50.497'028.674) y su distribución entre derechos de explotación -equivalentes al 12% de los ingresos brutos mensuales, según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 643 de 2001 (\$49.997'058.093) y gastos de administración -del 1% de los derechos de explotación, según el artículo 9 de la misma ley- (\$499'970.581) discriminados mes a mes y año por año de la vigencia del contrato. Valores que fueron fruto del estudio de mercado adelantado por la concesionaria dentro del proceso licitatorio previo.

22. Adujo que según lo consignado en el párrafo de la cláusula segunda del contrato, se equiparó la denominada rentabilidad mínima, considerada un criterio de eficiencia, a una obligación de pago que debía ser garantizada por el concesionario, al establecer la exigencia de pagar a título de derechos de explotación los valores consignados en el contrato en aquellos eventos en que los ingresos brutos de la concesión del juego de apuestas permanentes o chance no superara los mínimos allí señalados, con lo cual se vulneraron los artículos 8, 9 - inciso segundo- y 23 de la Ley 643 de 2001 que establecen como derechos de explotación a cargo del concesionario el 12% de los ingresos brutos de cada juego



más el 1% por gastos de administración aplicados a esa misma cifra, y se le ocasionaron perjuicios al demandante, por los mayores valores que se vio obligado a cancelar durante la ejecución del contrato. En la demanda se pidió así mismo, la acumulación de procesos con el No. 17001233300020120019200 que se tramitaba en el mismo tribunal.

23. La demanda fue admitida mediante auto del 23 de julio de 2013, el cual fue debidamente notificado a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (f. 416 y 422, c. 3).

24. La **Empresa Departamental para la Salud EDSA** contestó la demanda aceptando algunos hechos y negando otros. Se opuso a las pretensiones de la demanda, pues no es cierto, como sostiene el demandante, que los derechos de explotación de las apuestas permanentes deban calcularse solamente sobre los ingresos brutos obtenidos con la explotación del juego, pues no cabe duda de que las disposiciones legales que regulan el tema de tales derechos han contemplado siempre un parámetro mínimo, extractado de los estudios de mercado; no de otra manera podría entenderse la necesidad de los estudios de mercado para fijar el valor mínimo de la remuneración del contrato, pues bastaría con acreditar los ingresos brutos para, de allí, calcular el 12% con que se remunera la concesión. Propuso las excepciones de i) caducidad de la acción por cuanto a la presentación de la demanda habían transcurrido más de dos años desde el perfeccionamiento del contrato contentivo de la cláusula que el demandante alega que es violatoria del ordenamiento jurídico, e ii) inepta demanda por no haberse dispuesto la notificación de otras personas que la ley dispone, pues quien recibió los recursos recaudados por concepto del monopolio rentístico del juego de apuestas permanentes o chance fue la Dirección Territorial de Salud de Caldas, por lo que debió ser convocada al proceso, ya que de prosperar las pretensiones, sería quien debería reintegrarlos a la demandante (f. 436, cd. 3).

25. **La Dirección Territorial de Salud de Caldas (DTSC) contestó la demanda²**, se opuso a las pretensiones y propuso excepciones de i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) ausencia de responsabilidad por parte de la entidad, iii) inexistencia de la obligación por parte de la DTSC, iv) ausencia de nexo causal, v)

² En la audiencia inicial del proceso se ordenó notificar personalmente al representante legal de la Dirección Territorial de Salud de Caldas la demanda presentada dentro del proceso acumulado 2013-00186-00, en calidad de tercero con interés directo en las resultas del proceso (f. 652, c. 5).



inexistencia de la DTSC como parte del contrato, vi) falta de derecho para vincular a la DTSC como litis consorte necesario, y vii) la excepción genérica. En escrito aparte, formuló llamamiento en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Liberty Seguros S.A. y a la Aseguradora Solidaria de Colombia³ (f. 678 y 687, c. 5).

26. El 29 de abril de 2013 se llevó a cabo la audiencia inicial⁴, en la cual, entre otras cosas, se resolvieron negativamente las excepciones propuestas por la parte demandada; se estimó que, si bien la Dirección Territorial de Salud no era litisconsorte necesario por cuanto no fue parte del contrato objeto de la controversia, sí debía ser citada como tercero con interés directo en las resultas del proceso, dado que por disposición legal es quien percibe la renta por el monopolio del juego de suerte y azar apuestas permanentes o chance; dicha audiencia se suspendió y fue continuada el 24 de junio de 2014, cuando se ordenó, así mismo, notificar personalmente al representante legal de la Dirección Territorial de Salud de Caldas la demanda presentada dentro del proceso acumulado 2013-00186-00, siendo nuevamente suspendida la actuación, que continuó en audiencia del 21 de enero de 2015. En esta oportunidad, ya acumulados los procesos 2013-00186-00 y 2012-00192-00⁵, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas pedidas por las partes y las llamadas en garantía; la fijación del litigio se dispuso en los siguientes términos (f. 248, c. 9, f. 652, c. 5 y f. 998, c. 1):

En cuanto al Exp. 2012-00192-00:

- I. *¿EL ACTA DE INTERPRETACIÓN BILATERAL SUSCRITO ENTRE EDSA Y SUSUERTE S.A., HIZO PARTE INTEGRAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR ELLOS CELEBRADO (...)? EN CASO AFIRMATIVO,*
- II. *¿EL ACTA DE INTERPRETACIÓN BILATERAL MODIFICÓ EL VALOR QUE POR CONCEPTO DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DEBÍA CANCELAR SUSUERTE S.A. A LA ENTIDAD CONCEDENTE?*
- III. *¿SE PRODUJO DESEQUILIBRIO FINANCIERO O ECONÓMICO DESFAVORABLE A SUSUERTE S.A., CON OCASIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN CELEBRADO CON EDSA, LUEGO DE QUE EL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR SE INCREMENTARA AL 16%?*
- IV. *¿CUÁL ES LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL MULTICITADO CONTRATO DE CONCESIÓN?*
- V. *QUÉ RESPONSABILIDAD LES ASISTE A LAS LLAMADAS EN GARANTÍA EN EL SUB LITE?*

³ Estos llamamientos en garantía fueron admitidos mediante auto del 17 de octubre de 2014 (f. 762, c. 1) y fueron contestados por las aseguradoras (f. 790, 833 y 888, c. 1).

⁴ Dicha audiencia se suspendió y fue continuada el 24 de junio de 2014, cuando se ordenó, así mismo, notificar personalmente al representante legal de la Dirección Territorial de Salud de Caldas la demanda presentada dentro del proceso acumulado 2013-00186-00, siendo nuevamente suspendida la actuación, para continuarla el 21 de enero de 2015 (f. 652, c. 5 y f. 998, c. 1).

⁵ Mediante auto del 27 de enero de 2014 se decretó la acumulación de los procesos 17-001-23-33-000-2013-00186-00 y 17-001-23-33-000-2012-00192-00 (f. 498, c. 5).



En cuanto al Exp. 2013-00186-00:

- VI. *¿SE HA CONFIGURADO LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN?*
- VII. *¿VA CONTRA NORMATIVA SUPERIOR, EL APARTADO QUE CENSURA SUSUERTE CONTENIDO EN EL PARÁGRAFO DE LA CLÁUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (...)?*
- VIII. *En caso afirmativo, ¿ES PROCEDENTE ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS QUE A TÍTULO DE MAYORES VALORES CANCELADOS A EDSA POR DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, QUE RECLAMA SUSUERTE EN EL SUB IUDICE?*
- IX. *¿QUÉ RESPONSABILIDAD LES ASISTE A LAS LLAMADAS EN GARANTÍA EN EL SUB LITE?*

27. Mediante auto proferido en la audiencia de pruebas el 8 de septiembre de 2015, una vez decretado el cierre probatorio, se ordenó correr traslado a las partes, a los terceros y al agente del Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto respectivamente (f. 1153, c. 1).

28. **La parte actora** reiteró en sus alegatos los hechos expuestos en la demanda sobre los perjuicios sufridos con ocasión del incumplimiento de EDSA respecto del acta de interpretación bilateral suscrita por las partes, por lo que le exigió a SUSUERTE, a fin de obtener el paz y salvo requerido para participar en la nueva licitación, el pago de los valores de derechos de explotación sobre los mínimos contractuales (estudio de mercado) pactados e incluidos en la cláusula segunda del contrato de concesión y primera del otrosí No. 1, desconociendo que dichos mínimos contractuales, base para liquidar -según la Ley 643 de 2001- el 12% por concepto de derechos de explotación, disminuyeron, por acuerdo expreso de las partes, concretado en la referida acta; hechos que fueron evidenciados mediante las pruebas legalmente practicadas, a las cuales aludió, para solicitar que se acceda a las pretensiones. Así mismo, en relación con el expediente acumulado, reiteró que sólo hasta la etapa de liquidación finalizaba el negocio jurídico, por lo que era a partir de esa actuación que se debía contabilizar el término de caducidad de la acción (f. 1205, c. 1).

29. **La parte demandada, Empresa Departamental para la Salud EDSA**, alegó de conclusión y adujo, en relación con el acta de interpretación bilateral que suscribieron las partes del contrato de concesión, que en todo caso, la interpretación que se haga de los negocios jurídicos, aparte de la prevalencia de la voluntad de los contratantes debe efectuarse de conformidad con la ley, razón por la cual cuando una estipulación o una interpretación de las partes es contraria a la ley o a la naturaleza del contrato, es esencialmente inválida e ineficaz. Y que, en el



presente caso, la llevada a cabo por las partes vulneró la ley, al acordar que de los ingresos base para calcular los derechos de explotación se dedujera el IVA, con la fórmula *ingresos dividido por 1.16*, con lo que el ingreso bruto se convierte en ingreso neto, contrariando la ley imperativa que ordena, inequívocamente, que el cálculo de los derechos de explotación se hace sobre los ingresos brutos, siendo imposible que las partes varíen por su sola voluntad el alcance de un monopolio rentístico, pues está regulado por normas de orden público.

30. Agregó que en el plenario estaba probado que los ciudadanos que jugaban chance en el territorio objeto de la concesión no debían pagar el IVA sobre el valor de la apuesta sino que de manera unilateral, la demandante, siendo responsable de ese impuesto se lo trasladaba al usuario, lo que permitía colegir que desde el momento mismo de la realización de la apuesta se daba un ingrediente adicional de deducción, que afectaba directamente al régimen subsidiado de salud, pues el IVA descontado se llevaba a una cuenta que, según el plan único de cuentas es un ingreso recibido por cuenta de terceros (IVA por pagar) y, por ende, era un impuesto que debía declarar SUSUERTE S.A. bimestralmente, no sin antes hacer la compensación a su favor por el IVA pagado por ella en el giro ordinario de sus negocios, manifestando que *“Lo anterior lleva a concluir que es necesario liquidar un 16% más sobre el total de los derechos de explotación, como quiera que antes de la aplicación de la fórmula contenida en el acta de interpretación bilateral, ya llegaba NETA; es decir: El IVA ya estaba descontado desde el momento mismo de la apuesta y por cuenta del jugador”*.

31. Con lo anterior, adujo, a partir de febrero de 2010, al menos, la demandante pagó por derechos de explotación sobre una base que era inferior en un 25,7% al valor bruto sobre el cual debía calcularse el pago, pues sólo se tomó el 74,3% del valor de los ingresos brutos para calcular los porcentajes correspondientes a los referidos derechos de explotación y de administración. Así mismo, sostuvo que los dictámenes periciales practicados no podían tenerse en cuenta, pues estaban llenos de errores e inexactitudes, sus cálculos eran inadecuados y no correspondían a la realidad contable del desarrollo de la concesión. En cuanto al proceso 2013-00186, reiteró que el medio de control estaba caducado pero que, en todo caso, no se configuró la nulidad absoluta de la estipulación demandada, pues la misma lo único que hizo fue acatar las normas en que debía fundarse el contrato de concesión (f. 1163 a 1188, c. 1).



32. A su turno, **la Dirección Territorial de Salud de Caldas** presentó escrito en el cual reiteró su falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no hizo parte del contrato objeto de la controversia, el cual fue celebrado entre EDSA y SUSUERTE S.A. (f. 1160, c. 1).

33. También intervinieron las aseguradoras La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Aseguradora Solidaria de Colombia y Liberty Seguros S.A., mediante sendos escritos en los que sostuvieron, básicamente, la improcedencia del llamamiento en garantía, por haberse formulado con base en unos seguros de responsabilidad civil extracontractual contenidos en pólizas cuyo tomador y asegurado fue la Dirección Territorial de Salud de Caldas -quien no estaba legitimada en la causa por pasiva-, que formuló el llamamiento en garantía en su contra, y que no cubrían eventos de responsabilidad contractual, de un lado, y por cuanto no se probaron los hechos de la demanda, de otro. Así mismo, se reiteró la excepción de prescripción que había sido propuesta en la contestación de las demandas (f. 1189, 1193 y 1196, c. 1).

La sentencia de primera instancia

34. El 4 de mayo de 2018 el Tribunal Administrativo de Caldas profirió sentencia en la cual decidió (f. 1139 a 1161, c. ppl.):

35. **Respecto del expediente 2012-99192-00:** i) Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, ii) declaró la existencia del contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Caldas entre EDSA y SUSUERTE S.A., conformado además por sus otrosíes No. 1 y 2 y el Acta de Interpretación Bilateral suscrita el 19 de septiembre de 2010 por ambas partes, iii) declaró el incumplimiento de las obligaciones plasmadas en el Acta de Interpretación Bilateral por parte de EDSA, iv) declaró que por cuenta de ese incumplimiento se rompió el equilibrio económico del contrato en contra de SUSUERTE S.A., v) condenó a EDSA a pagar a favor de la demandante la suma de \$2.328'513.135, suma que debía indexarse y vi) negó las demás pretensiones de la demanda.

36. Como sustento de su decisión consideró, en primer lugar, que el Acta de Interpretación Bilateral sí hizo parte íntegra del contrato de concesión celebrado por



las partes. Sin embargo, concluyó que no correspondió a una verdadera interpretación, ya que esta procede para brindar determinado sentido a las cláusulas del contrato sobre las que surjan entendimientos diversos por las partes durante su ejecución y, en este caso, lo acordado en la referida acta no responde a la ambigüedad, vaguedad u oscuridad de alguna de las cláusulas del contrato, ni se presentó paralización o riesgo de parálisis del acuerdo a partir de la redacción confusa del mismo, es decir que no se dieron los motivos que justifican el acto de interpretar el negocio jurídico.

37. Lo que sí se produjo a juicio del tribunal fue *“(...) una auténtica modificación a las condiciones del contrato, esencialmente signada por haberse alegado un hecho sobreviniente, como lo fue el aumento en la tarifa del IVA aplicable a los juegos de suerte y azar con la expedición del Decreto Legislativo 127 de 2010 y la Ley 1393 del mismo año. Por ende, al disponer las partes que el valor correspondiente al impuesto debía descontarse de los valores a tener en cuenta para calcular los derechos de explotación de la concesión, resulta claro que más que desentrañar el sentido de una estipulación oscura o confusa, estaban introduciendo una modificación al contrato”* (subrayas del original), modificación que la ley también les permite a las partes, antes de que la entidad contratante ejerza su facultad excepcional de hacerlo unilateralmente -artículo 16, Ley 80 de 1993-, aunque sólo pueden efectuarla por razones jurídicamente válidas, más allá del solo consenso.

38. En el presente caso, el *a-quo* determinó que el cambio acordado por las partes y que recayó sobre la forma de liquidar los derechos de explotación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas fue legal, pues no afectó la estructura o esencia misma del contrato ni lo hizo mutar en otro tipo comercial, ya que no modificó su valor y, además, obedeció a una causa externa no imputable al contratista, como lo fue el aumento legal del porcentaje del impuesto al valor agregado IVA sobre los juegos de suerte y azar como las apuestas permanentes o “chance”.

39. Por otra parte, el tribunal consideró que la modificación introducida por las partes en la denominada “Acta de Interpretación Bilateral” apuntaba al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, afectado por la norma legal que, sobre el IVA, fue expedida durante su ejecución -Decreto 127 de 2010 y, posteriormente, Ley 1393 de 2010- y que estaba probado en el proceso que el incumplimiento de la entidad demandada respecto de su obligación de dar



aplicación a la modificación acordada, efectivamente le produjo un detrimento patrimonial al concesionario, pues se acreditó que para obtener el paz y salvo requerido para participar en la nueva licitación pública abierta para la adjudicación de la nueva concesión para la explotación del juego de suerte y azar, la entidad le exigió y el contratista pagó la suma de \$2.351'798.020 por concepto de derechos de explotación (2.328'513.135) y gastos de administración (\$23'284.885) aún pendientes de pago por el período comprendido entre febrero de 2010 y noviembre de 2011, cuya liquidación, a solicitud del tribunal, la entidad explicó diciendo que si bien SUSUERTE S.A. afirmaba que la declaración se hacía sobre ingresos brutos, lo cierto es que se había demostrado que al momento de la apuesta, dicha firma trasladaba el valor del pago de IVA del 16% al apostador, lo que significaba que los ingresos no eran brutos sino netos, y que ese era el elemento medular de la controversia, pues además de esto, y con base en el acta de interpretación bilateral, a los "ingresos brutos" nuevamente se les descontaba el porcentaje del 16% del IVA, de ahí la fórmula de dividir los "ingresos brutos" -que en realidad eran ingresos netos- entre 1,16.

40. Por lo anterior, el *a-quo* evidenció que fue clara la inobservancia de la entidad respecto del acta de interpretación bilateral suscrita por las partes el 19 de septiembre de 2010, como respuesta coyuntural a la expedición de las referidas normas, que impusieron como tarifa del IVA a los juegos de suerte y azar la general del 16%, mientras que esta ascendía al 5% al momento de estructurarse el vínculo contractual en 2006.

41. A continuación, estudió las normas tributarias relacionadas con el impuesto al valor agregado IVA para los juegos de suerte y azar, las vigentes al momento de la celebración del contrato y las modificaciones que sufrieron durante su ejecución, llegando a la conclusión de que, según su contenido, en ningún caso el IVA debía formar parte de la base para el cálculo de los derechos de explotación, los cuales, según esa misma normatividad, corresponden al 12% de los ingresos brutos, teniendo en cuenta que según la normatividad contable -art. 38, Decreto 2649 de 1993-, sólo son ingresos aquellas sumas que producen incrementos patrimoniales, y los impuestos son transferidos al Estado, por lo que se entendía su exclusión de los ingresos brutos para liquidar derechos de explotación.

42. Así se deducía también de lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 1350 de 2003, reglamentario de la Ley 640 de 2001, que define los ingresos brutos como el



valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego, definiendo las apuestas como el valor pagado por el apostador, sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas, registrado en el formulario oficial que da derecho a participar en el juego de apuestas permanentes o chance.

43. El *a-quo* concluyó que el contenido de la modificación contractual establecida por las partes en el “Acta de Interpretación Bilateral” “(...) *se limitó a consagrar por vía de acuerdo lo que las normas establecían como parámetro para liquidar el IVA en los juegos de suerte y azar, que como claramente se establece por tales disposiciones, en ningún caso debe incluirse dentro de la base de liquidación **DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN***”, es decir que dicha acta se ajustaba a derecho en su contenido, pues guardaba plena coherencia con el soporte legal que gobierna la materia.

44. Encontró así mismo acreditado el apartamiento de la entidad demandada del contenido obligatorio derivado de la referida acta -que se había suscrito con miras al mantenimiento del sinalagma contractual-, pues así quedó registrado en el Acta de Junta Directiva No. 082 del 27 de noviembre de 2011, y por ende, de la normatividad tributaria en materia de juegos de suerte y azar, pretendiendo que, pese al aumento en la tarifa del IVA, SUSUERTE S.A. le siguiera garantizando los ingresos proyectados, lo que se traducía en que ésta asumiera el aumento de la mencionada tarifa. Con ello, generó un pago que forzosamente debió afrontar la demandante y que le representó un menoscabo patrimonial, con lo que se demostró el comportamiento antijurídico de la entidad concedente que se tradujo en un incumplimiento contractual del que se derivaron perjuicios para SUSUERTE S.A., que también fueron debidamente probados, consistentes en las sumas que debió cancelar la entidad actora para obtener su paz y salvo y participar en el proceso licitatorio que estaba por iniciarse.

45. Finalmente, consideró que el daño sufrido por la actora trasciende el alea normal de riesgo que debió asumir como todo contratista, para situarse en un verdadero rompimiento de la ecuación financiera del contrato, por circunstancias que no pueden imputarse a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, en la medida en que no hizo parte de la relación contractual, por lo que procedía declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de dicha entidad.



46. **En el expediente 2013-00186-00:** i) Declaró probada la excepción de caducidad de la acción formulada por EDSA y en consecuencia declaró terminado el proceso, por considerar que el artículo 164, numeral 2, literal j, establece que en las controversias relativas a contratos el término para demandar será de dos años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, y que cuando se pretenda la nulidad absoluta de un contrato el término para demandar es de dos años, contados a partir del día siguiente al de su perfeccionamiento o mientras se encuentre vigente el contrato. Y que, contrario a lo afirmado por la demandante, no se puede comenzar el cómputo de la caducidad partiendo del momento en que el contrato fue o debió liquidarse en forma bilateral o unilateral, ya que la eventual nulidad del acuerdo de voluntades no encuentra su fuente en la etapa de liquidación sino en la estructuración de sus cláusulas. Por ello, el término para presentar la demanda empieza a correr desde el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se da con su suscripción. En consecuencia, como se pidió la declaratoria de nulidad absoluta parcial del contrato, por cuanto recayó en apartados contenidos en el párrafo de la cláusula segunda y unas pretensiones consecuenciales a ella, y el negocio jurídico se perfeccionó el 20 de diciembre de 2006, para el momento en que se solicitó la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación -14 de marzo de 2013- y cuando se presentó la demanda -16 de mayo de 2013- ya había fenecido la oportunidad para demandar.

47. Por último, el *a-quo* condenó en costas en ambos procesos a la parte demandada y fijó como agencias en derecho a su cargo la suma de \$11'642.565.

Recursos de apelación

48. **La parte demandada** apeló la decisión de primera instancia y solicitó su modificación (fl. 1163, c. ppal.), para que se revoque lo decidido sobre las pretensiones de la demanda **en el proceso 2012-00192-00**; que, en su lugar, se declare la ilegalidad del pacto contenido en el Acta de Interpretación Bilateral y se declare consecuentemente la existencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato en detrimento de EDSA y por ende, de los recursos de la salud; y como consecuencia, que se ordene la liquidación del contrato y se establezcan las sumas a cargo de la demandante SUSUERTE S.A.



49. Como sustento de lo pedido, afirmó que, contrario a lo sostenido por el *a-quo*, la modificación introducida al contrato a través del Acta de Interpretación Bilateral sí produjo una alteración a los elementos esenciales del contrato, pues afectó el monto de los recursos que debían transferirse a la salud por la disminución real de los aportes provenientes de los derechos de explotación y así mismo, los ingresos que, por concepto de administración, debía obtener EDSA.

50. Sostuvo que en el fallo se desconoció un hecho protuberante que fue probado, consistente en que cuando el demandante giraba los ingresos derivados de las ventas de chance, lo hacía sin incluir el IVA, porque ya lo había pagado el apostador, por lo que SUSUERTE S.A., que lo recibió, ya lo había llevado a la cuenta de ingresos recibidos por terceros y, además, ya lo había compensado con el IVA pagado por ella en desarrollo de su objeto social.

51. Manifestó que el acuerdo contenido en el Acta de Interpretación Bilateral es ilegal, pues desconoce las normas que regulan el pago de los derechos de explotación y el IVA en juegos de suerte y azar, por lo que el *a-quo* no podía declarar incumplimiento alguno de la entidad demandada que ameritara aseverar el rompimiento del equilibrio económico del contrato, pues ella fue la realmente afectada.

52. De acuerdo con el apelante está probado que, a partir del mes de febrero de 2010, por lo menos, la demandante pagó derechos de explotación sobre una base que era inferior al valor bruto sobre el cual debía calcularse el pago, operación que contraría las normas imperativas que se deben mirar e interpretar sistemáticamente.

53. Refirió normas del Estatuto Tributario, cuyo artículo 420 establece el impuesto sobre las ventas en los juegos de suerte y azar y dispone que éste se causa en el momento de la realización de la apuesta; que es responsable del mismo el operador del juego, constituyendo su base gravable el valor de la apuesta y que esta clase de gravamen se afectará con impuestos descontables; el artículo 483, que dispone que el impuesto para los responsables del régimen común se determinará, en el caso de venta y prestación de servicios, por la diferencia entre el impuesto generado por las operaciones gravadas y los impuestos descontables legalmente autorizados, y el artículo 485, que dispone que es descontable el impuesto sobre



las ventas facturado al responsable por la adquisición de bienes corporales muebles y servicios.

54. Así mismo, aludió a la Ley 643 de 2001, en cuyo artículo 1 se regularon los derechos de explotación de los juegos de suerte y azar operados por terceros mediante contratos de concesión como un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, y el artículo 23 que dispuso que los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance pagarán mensualmente a la entidad concedente, a título de derecho de explotación, el 12% de sus ingresos brutos.

55. Con fundamento en lo anterior, aseguró que al aplicar la fórmula pactada en el Acta de Interpretación Bilateral, se estaba excluyendo dos veces la suma del 16% del IVA y que el único beneficiado era el demandante SUSUERTE S.A., en detrimento de los aportes reales que debían ingresar al erario, por lo que solicitó que se declarara la ilegalidad de ese pacto y consecuentemente, el rompimiento del equilibrio contractual en detrimento de EDSA, y que se liquidara el contrato estableciendo las sumas a cargo de la demandante.

56. **En relación con el proceso 2013-00186-00**, advirtió que en la decisión del *a-quo* se declaró probada la excepción de caducidad de la acción formulada por EDSA, declarando en consecuencia la terminación del proceso, con lo cual las pretensiones económicas de la demanda -que ascendieron a \$8.368'379.451- no fueron declaradas; no obstante, el *a-quo* omitió condenar por concepto de agencias en derecho a la sociedad SUSUERTE S.A., a pesar de haber sido la parte vencida en ese proceso acumulado, por lo que pidió modificar la sentencia profiriendo la respectiva condena en contra de la parte actora, con base en lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 3.1.2, inciso segundo, del Acuerdo No. 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

57. La **parte actora interpuso recurso de apelación** respecto de la decisión adoptada en el **proceso 2013-00186-00** en el que se declaró la caducidad de la acción, pues consideró que el tribunal dejó de lado el hecho de que la reclamación de SUSUERTE S.A. estaba centrada en los derechos de explotación, cuyo pago era mensual, previsto a 5 años, y que por lo tanto eran obligaciones de tracto sucesivo, por lo que el pago periódico de los derechos de explotación no podía ser considerado como una situación jurídica consolidada al momento de radicar la demanda y por el contrario, era determinante para deducir que sólo a partir de la



liquidación se empezaba a contabilizar el término de 2 años para interponer la acción de controversias contractuales dado que, según la jurisprudencia, sólo hasta la etapa de liquidación del contrato concluye el negocio jurídico, puesto que hasta entonces existen obligaciones pendientes que debían resolverse, con el propósito de hacer el ajuste de cuentas necesario. Se refirió a la naturaleza de la liquidación de los contratos, a su contenido, a su obligatoriedad en los regidos por el estatuto de contratación de las entidades estatales, los plazos para llevarla a cabo, etc.; y reiteró que de acuerdo con la jurisprudencia, en los contratos en los que se impone el trámite adicional de liquidación, los dos años de caducidad de la acción comenzarán a contarse desde cuando se liquida el contrato o desde cuando se agotó el término para hacerlo sin que se hubiera efectuado, conjuntamente o de manera unilateral por la entidad. Y que así mismo lo dispone el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se ordene la devolución del expediente al fallador de primera instancia para que decida de fondo las pretensiones o, en subsidio, que lo haga el Consejo de Estado (f. 1173, c. ppl.).

Trámite en segunda instancia

58. El recurso fue admitido mediante auto del 6 de septiembre de 2018 y el 27 de septiembre siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, de considerarlo pertinente, emitiera su concepto de fondo, oportunidad dentro de la cual las partes, la Dirección Territorial de Salud y La Previsora S.A. Compañía de Seguros presentaron sendos escritos en los que reiteraron los argumentos expuestos en la primera instancia (fls. 1198, 1202, 1206, 1216, 1229 y 1235, c. ppal.).

59. El **Ministerio Público** presentó concepto en el cual pidió confirmar la sentencia apelada respecto de las pretensiones invocadas en el proceso 2012-00192, por cuanto estaba probado que, efectivamente, se dio el rompimiento del equilibrio económico del contrato que afectó a SUSUERTE S.A.; y que se modifique la sentencia respecto de la decisión en el proceso 2013-00186, por considerar que la demanda fue presentada dentro del término legal, debiéndose liquidar el contrato en sede judicial. Respecto a la condena por agencias en derecho, consideró que era necesario tener en cuenta que la demandada ejerció su defensa de manera activa en la segunda instancia, sin embargo el fundamento de su apelación fue negado, situación que debía ser atendida por el *ad quem* al momento de hacer su



tasación, que deberá ser fijada en contra de la Empresa Departamental para la Salud EDSA, que resultó vencida en el proceso acumulado, a quien se debía recordar el deber que le asiste, una vez pague la condena, de ejercer la respectiva acción de repetición (f. 1237, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

Jurisdicción y Competencia

60. En virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA⁶, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, toda vez que dentro de las pretensiones de la demanda se elevaron pretensiones en torno a un contrato de concesión de juegos de suerte y azar celebrado por una entidad pública, Empresa Departamental para la Salud EDSA.

61. Así mismo le corresponde a la Sala resolver el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del CPACA, modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, norma vigente al momento de presentación de la demanda⁷, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Caldas y de conformidad con la estimación de las pretensiones realizada en la demanda⁸, según las previsiones de los artículos 152 y 157 del mismo código.

⁶ El artículo 104 del CPACA estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

⁷ *“Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia* (Este inciso fue posteriormente modificado por el artículo 26 de la Ley 2080 de 2021, la cual no resulta aplicable al presente caso, pues de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 86, dicha ley “(...) rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley”.

⁸ En el proceso 2012-00192-00 la pretensión indemnizatoria ascendió a \$2.328'513.135,00 y en el proceso 2013-00186-00 fue de \$8.368'379.451, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del CPACA, para conocer en primera instancia en los tribunales procesos de controversias contractuales la cuantía es de 500 SMLMV, lo que equivalía, para la época de presentación de la demanda -14 de noviembre de 2012, cuando el salario mínimo era de \$566.700 (Decreto 4919 del 26 de diciembre de 2011)-, a \$283'350.000.



La legitimación en la causa

62. La Empresa Departamental para la Salud EDSA⁹ y la sociedad SUSUERTE S.A. se encuentran legitimados por pasiva y por activa, respectivamente, en los dos procesos acumulados, por ser parte contratante y contratista del contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, celebrado entre las partes el 20 de diciembre de 2006, en torno al cual gira la presente controversia.

Oportunidad de la demanda

63. La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio. Corresponde a una figura jurídica de orden público a través de la cual el legislador impone limitaciones temporales razonables al derecho subjetivo de acceso a la administración de justicia, en aras de evitar la indefinición de las situaciones jurídicas materia de controversia entre las partes¹⁰ y, de esta manera, brindar protección de un interés general representado en la seguridad jurídica, la confianza legítima y el debido proceso, en tanto una vez surtido el término de caducidad de la acción legalmente establecido, ésta ya no se podrá incoar por el interesado y se habrá perdido la facultad de acceder a la jurisdicción.

64. Como lo ha recordado la Sala, *“(...) el fenómeno de la caducidad y su eventual configuración, corresponde a un presupuesto del derecho de acción, invariable, irrenunciable, improrrogable e insubsanable, sujeto únicamente a la ocurrencia del hecho definido en la ley y el consecuente paso del tiempo, y que, por tanto, es*

⁹ La Empresa Departamental para la Salud “EDSA” es una entidad descentralizada del orden departamental, de capital público, vinculada a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas, creada mediante Ordenanza No. 414 del 26 de febrero de 2001 (f. 107, c. 9) y organizada como empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental, según Ordenanza No. 614 del 11 de diciembre de 2008. Consultado en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://empresa-departamental-para-la-salud---edsa.micolombiadigital.gov.co/sites/empresa-departamental-para-la-salud---edsa/content/files/000011/531_ordenanza-614-en-pdf-1.pdf

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 19 de julio de 2017, expediente 57932 y sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 21.906, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



susceptible de ser analizado y advertido de oficio en la sentencia¹¹ como verificación de un elemento esencial y preexistente para poder decidir el fondo del asunto (...) ¹².

65. Conforme a lo expuesto, procede la Sala a constatar si, en el presente caso, la demanda fue presentada en tiempo en los dos procesos acumulados, teniendo en cuenta para ello las pretensiones aducidas, y lo dispuesto tanto en el artículo 136 del C.C.A. -según se explicará más adelante-, como en el artículo 164 del CPACA, en relación con el término de caducidad de las controversias relativas a contratos, norma que dispone:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

- i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
- ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;
- iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;
- iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;
- v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

¹¹ [40] “Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente. 51.667, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico”.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2022, expediente 58063, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.



Proceso 17-001-23-33-000-2012-00192-00

66. En este proceso, las pretensiones apuntan a que se declare la existencia del negocio jurídico y su incumplimiento por parte de la entidad demandada, así como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, con la respectiva condena al pago de las indemnizaciones consecuenciales; así mismo, se pidió que se ordenara la liquidación del negocio jurídico, incluyendo los valores a cargo de la entidad y a favor de la demandante.

67. Ahora bien, se observa que el contrato de concesión en torno al cual giró la controversia fue celebrado por la Empresa Departamental para la Salud EDSA, entidad descentralizada del departamento de Caldas, sujeta en esta materia a las disposiciones de la Ley 80 de 1993¹³. Al ser de tracto sucesivo o ejecución continuada, en el que el cumplimiento de las prestaciones se extendía en el tiempo, debía ser liquidado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 de la referida ley¹⁴.

68. En tales condiciones, resulta evidente que la norma de caducidad que resulta aplicable es la contenida en el romanito v) del literal j) del numeral 2, artículo 164 del CPACA, norma conforme a la cual el término de 2 años se cuenta: *“v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”*.

¹³ Así se reconoce en el contrato de concesión celebrado, en el que consta que fue adjudicado por Resolución No. 089 del 20 de diciembre de 2006, dentro del proceso licitatorio No. 002 de 2006 y que se rige por las normas contenidas en la Constitución Política de Colombia, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), sus decretos reglamentarios y la Ley 643 de 2001 *“Régimen Propio del Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar”*, entre otros. El artículo 7 de esta última ley, establece la operación de los juegos de suerte y azar mediante terceros y dispone: *“La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso.// La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador. // El término establecido en los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años. // La concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante”*.

¹⁴ Norma que dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.



69. Según consta en el plenario, a pesar de la solicitud que en tal sentido elevó la contratista SUSUERTE S.A., el contrato no fue liquidado ni de común acuerdo ni unilateralmente, por cuanto la entidad consideró que no era posible por estar en curso un proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República con base en ese negocio jurídico y el otrosí No. 1 del 19 de enero de 2009 (f. 71 a 82, c. 9), situación que explica el que se haya incluido dentro de las pretensiones de la demanda la orden de liquidar el contrato.

70. Como ya se dijo, el acuerdo de voluntades fue celebrado el 20 de diciembre de 2006 y su plazo se pactó en 5 años contados a partir del 1 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2011 -cláusula cuarta- (f. 36, c. 9).

71. Para la época de celebración del contrato, estaba vigente en su integridad el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga. A su turno, el artículo 61 de la misma ley, estableció que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre su contenido, será practicada directa y unilateralmente por la entidad mediante acto administrativo. Y, respecto de esta última modalidad de liquidación, se observa que de acuerdo con el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., la entidad contaba con dos meses para dicha liquidación unilateral.

72. En el contrato de concesión se acogió el término previsto en la ley para la liquidación de común acuerdo, pues en su cláusula décima séptima se dispuso que el contrato sería liquidado dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de su finalización o de la expedición del acto administrativo que ordenara la terminación unilateral (f. 42, c. 9), circunstancia esta última que no consta que haya sucedido en el presente caso.

73. En vista de lo anterior, al terminarse el contrato por el vencimiento del plazo pactado el día 31 de diciembre de 2011, a partir del día siguiente empezaron a correr los 4 meses para la liquidación de común acuerdo, los cuales se cumplieron el 1º de mayo de 2012. Como no se llevó a cabo en forma bilateral, la entidad contaba



con dos meses más, contados a partir del día siguiente, 2 de mayo de 2012, para realizarla mediante acto administrativo, esto es, hasta el 2 de julio de ese año. A partir del día siguiente, 3 de julio de 2012, se inició el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales que, por lo tanto, vencía el 3 de julio de 2014.

74. Como la demanda dentro del proceso 2012-00192-00, fue presentada el 14 de noviembre de 2012, resulta evidente que lo fue en tiempo, aún sin tener en cuenta el procedimiento de conciliación extrajudicial que se hubiere llevado a cabo.

Proceso 2013-00186-00:

75. Respecto de este proceso, el *a-quo* declaró probada la excepción de caducidad del medio de control propuesta por la parte demandada, al tener en cuenta que mediante la demanda se pretendió la nulidad absoluta parcial de una cláusula del contrato de concesión celebrado por las partes y que, consecuentemente, se declarara que la demandada desbordó sus facultades contractuales con la indebida interpretación de la rentabilidad mínima, obligando a pagar al contratista lo que no debía, condenándola a su devolución. Y que al ser claro que la pretensión principal del libelo introductorio fue la nulidad absoluta de la cláusula contractual, resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 164, numeral 2, literal j, en cuanto dispone que, cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. Y dado que el contrato se perfeccionó el 20 de diciembre de 2006, era evidente que, para la fecha de presentación de la demanda, 16 de mayo de 2013, ya había operado la caducidad.

76. La parte actora en su recurso de apelación sostuvo que la demanda había sido oportuna y que el *a-quo* se equivocó, porque no tuvo en cuenta que la controversia giraba en torno a los derechos de explotación, cuyo pago era mensual, en un contrato de tracto sucesivo celebrado a 5 años, por lo que no se podía predicar la existencia de una situación jurídica consolidada al momento de presentación de la demanda, pues el contrato conservaba su vigencia hasta la liquidación; y que, por esta razón, el término de caducidad sólo podía empezar a correr a partir de la misma.



77. Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al apelante, toda vez que la redacción de las pretensiones es clara, en cuanto a la solicitud de que se declare la nulidad de los apartes allí señalados del párrafo de la cláusula segunda del contrato de concesión celebrado entre EDSA y SUSUERTE S.A., el 20 de diciembre de 2006, y que la nulidad imprecada era un presupuesto obligado de las demás pretensiones esgrimidas en la demanda, por lo que no se puede afirmar, como lo hace el recurrente, que la controversia versaba exclusivamente sobre los derechos de explotación derivados del contrato.

78. En efecto, los apartes cuya nulidad se pidió en este proceso -y que se resaltan a continuación-, pertenecen a la cláusula segunda del negocio jurídico, la cual dispone (f. 410, c. 5):

SEGUNDA: VALOR. - El presente contrato tiene un valor estimado en la suma de CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$50.497.028.674) M/CTE., de conformidad con el siguiente cuadro:

**DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN
CONCESIÓN 2007-2011
(Del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011)**

	2007	2008	2009	2010	2011
Enero	552.342.541	639.040327	739.340.527	855.397.159	989.663.562
Febrero	512.174.649	592.567.529	685.579.182	793.190.298	917.692.463
Marzo	571.189.665	660.845.767	764.574.631	884.585.173	1.023.433.025
Abril	591.168.462	583.960.512	791.317.554	915.525.767	1.059.230.172
Mayo	630.434.468	729.389.859	843.877.665	976.335.912	1.129.585.310
Junio	573.752.466	663.810.835	768.005.108	888.554.110	1.028.024.942
Julio	630.984.152	730.025.824	844.613.453	977.187.193	1.130.570.210
Agosto	638.606.914	738.845.084	854.817.018	988.992.348	1.144.228.347
Septiembre	611.646.947	707.653.378	818.729.343	947.240.214	1.095.922.641
Octubre	642.678.467	743.555.723	860.267.057	995.297.845	1.151.523.580
Noviembre	636.251.593	736.120.062	851.664.267	985.344.729	1.140.008.184
Diciembre	722.603.657	836.026.275	967.252.138	1.119.075.711	1.294.730.091
Total	7.313.833.981	8.461.841.174	9.790.043.943	11.326.726.468	13.104.612.527

Total Derechos de Explotación 49.997.058.093
Más el uno por ciento (1%) Gastos de Administración 499.970.581
Total General D. Explotación + Gastos de Administración 50.497.028.674

PARÁGRAFO: Durante la ejecución del contrato de concesión del juego de apuestas permanentes o chance, el concesionario, en aplicación de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, pagará por derechos de explotación mensualmente el 12% de las ventas brutas o el valor que por concepto de derechos de explotación se pacta en la presente cláusula con sujeción a los valores fijados en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No.



002-2006, establecidos con base en el estudio de mercado a partir de los ingresos brutos esperados para el período correspondiente.

En el evento en que la liquidación de los derechos de explotación obtenidos del 12% de los ingresos brutos percibidos por el concesionario sea superior al monto de los derechos de explotación establecidos contractualmente, aquel deberá cancelar por este concepto, el valor de la liquidación del 12% sobre los ingresos brutos efectivamente obtenidos.

En el evento en que la liquidación de los derechos de explotación producto del 12% de los ingresos brutos percibidos por el concesionario, resulte inferior al monto de los derechos de explotación estipulados en el contrato, aquel deberá cancelar los derechos de explotación pactados en el contrato.

79. Y el demandante explicó que los valores consignados en la cláusula segunda, calculados con base en el estudio de mercado llevado a cabo por la entidad concedente, constituían la rentabilidad mínima esperada de la ejecución del contrato, pero no debían tenerse como una obligación de pago a cargo del concesionario, como se hizo en el parágrafo parcialmente demandado, en contra de lo establecido en la Ley 643 de 2001 sobre el valor del contrato de concesión. Y que, como consecuencia de lo ilegalmente estipulado, el concesionario había pagado más de lo que le correspondía, por lo que pidió, como consecuencia de la nulidad deprecada, que se condenara a la entidad demandada a devolver la suma de dinero que el demandante pagó en exceso de lo que correspondía al 12% de los ingresos brutos durante la ejecución del contrato, que eran los derechos de explotación del juego de apuestas permanentes o chance.

80. De acuerdo con lo anterior, las pretensiones de la demanda en este proceso están fincadas en la impugnación de la legalidad de los apartes del parágrafo cuya nulidad se pidió.

81. En este punto, resulta necesario recordar que la nulidad absoluta es la sanción legal que se deriva de la existencia de un vicio en el nacimiento de un acto jurídico determinado y que la ley ha considerado de tal gravedad, que amerita su exclusión del ámbito jurídico, como lo es el objeto o causa ilícitos, los actos contrarios al derecho público de la Nación, o de enajenación de los derechos personalísimos, etc.¹⁵, por lo que la ilegalidad que lo afecta, se predica del momento mismo en que

¹⁵ El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de



tal acto surge, razón por la cual, cuando aquella se declara judicialmente, por regla general tiene efectos *ex tunc*, es decir que no solamente pone fin a la eficacia futura del acto o contrato sino que también obra retroactivamente, haciendo desaparecer los efectos producidos y volviendo las cosas al estado que tenían antes de su surgimiento.

82. Esa circunstancia es la que permite entender por qué el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento del perfeccionamiento del contrato, pues es allí en donde se produce el defecto grave que lo vicia de nulidad.

83. Por otra parte, se observa que la norma aplicable en el presente caso, contrario a lo afirmado por el *a-quo* y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887¹⁶, era el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., puesto que esta era la norma vigente para la fecha de celebración del contrato -20 de diciembre de 2006- y, por lo tanto, era la que regía para el momento en que empezó a correr el término de caducidad para la impugnación total o parcial del negocio jurídico.

84. Ahora bien, el apelante insistió en que el contrato no se había terminado, ya que su vigencia continuaba hasta la etapa de liquidación, afirmación que tampoco corresponde a la realidad, por cuanto el corte de cuentas definitivo, que es lo que se efectúa cuando se liquida un contrato, sólo resulta procedente una vez éste se termina por cualquier causa. Así lo establece el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 al disponer que, en caso de que las partes no hayan acordado un determinado término para liquidar el contrato, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley. Por su parte, el Código Civil dispone -art. 1741- como causales de nulidad absoluta de los contratos el objeto o la causa ilícitos, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y la incapacidad absoluta y el artículo 899 del C. de Co., agrega aquel caso en que el negocio jurídico contraría una norma imperativa.

¹⁶ Esta norma fue modificada por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012. Su versión anterior establecía: "ARTÍCULO 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".



85. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido de manera constante y pacífica la naturaleza de la liquidación de los contratos estatales -bilateral o unilateral-, manifestando que la misma “es una actuación administrativa posterior a la culminación de su plazo de ejecución o a la declaratoria de terminación unilateral o caducidad (artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993), que tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quien y cuánto; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a paz y salvo de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual”¹⁷ y ha establecido la clara diferencia que existe entre la etapa de ejecución y la etapa de liquidación de los contratos, con sus diferentes oportunidades, finalidades y propósitos, estableciendo que, “[e]n este orden de ideas, se destaca que determinados contratos de la Administración (“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran”) tienen dos etapas: una de ejecución, para cumplir en forma oportuna y puntual las obligaciones y el objeto del contrato por las partes; y otra para su liquidación, con el propósito de conocer en qué estado y en qué grado quedó esa ejecución de las prestaciones y extinguir finalmente la relación contractual”¹⁸ (la Sala subraya).

86. En las anteriores condiciones, el contrato sí culminó el 31 de diciembre de 2011, cuando finalizó el término de ejecución pactado por las partes y a partir del día siguiente, empezó a correr el plazo para su liquidación bilateral y unilateral de conformidad con lo establecido en la ley, es decir que, contrario a lo afirmado por el apelante, el contrato no se encontraba vigente cuando se presentó la demanda. En consecuencia, no hay lugar a modificar o revocar lo decidido por el *a-quo* en este punto y se mantendrá la declaratoria de caducidad del medio de control.

Problemas jurídicos a resolver

87. En virtud de lo resuelto en el capítulo anterior en cuanto a la procedencia de la confirmación del fallo de primera instancia que declaró la caducidad del medio de control dentro del proceso 2013-00186-00, y ante el hecho de que el recurso de

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de abril de 1997, Exp. 10608. En igual sentido: Sección Tercera, Sentencia de 9 marzo de 1998, expediente No. 11.101.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, Expediente 17031, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.



apelación interpuesto por la demandante, SUSUERTE S.A., se circunscribió a controvertir dicha decisión, la Sala se limitará a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

88. Teniendo en cuenta los hechos probados y lo expuesto en el recurso de apelación presentado por EDSA, deberá la Sala establecer i) si EDSA no incurrió, como lo sostuvo en su recurso, en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por haber desconocido lo estipulado en el Acta de Interpretación Bilateral suscrita por las partes, según lo había planteado la demandante en el proceso 2012-00192-00; y ii) si resulta procedente la condena en costas, incluida la fijación de agencias en derecho a la parte actora en el proceso 2013-00186-00.

El juego de apuestas permanentes o chance

89. El artículo 336 de la Constitución Política estableció la posibilidad legal de constitución del monopolio estatal de los juegos de suerte y azar -una de cuyas modalidades es, precisamente, el juego de apuestas permanentes o chance-, así como la destinación de sus rentas a los servicios de salud. Es así como dicha norma autoriza la creación, en virtud de la ley, de monopolios como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social, estableciendo que su organización, administración, control y explotación estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley, a iniciativa del Gobierno; dispone, así mismo, que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud, que es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio, que habrá sanción penal para la evasión fiscal en estas actividades, y, además, obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes.

90. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional, tanto la Constitución Política de 1886 como la de 1991 han asumido una posición contraria a la existencia de los monopolios, toda vez que restringen la libertad económica y la libre competencia, que también gozan de especial protección -art. 333, C.P.-; no obstante, han admitido la excepción, autorizando aquellos constituidos como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social -como en el monopolio de juegos de suerte y azar, cuyas rentas deben estar destinadas exclusivamente a los servicios de salud, y las obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores deben destinarse preferentemente a atender los servicios de salud y educación-, con la titularidad



exclusiva del Estado y mediando la indemnización plena de los individuos que, en virtud de la ley, quedaran privados del ejercicio de una actividad económica lícita¹⁹.

91. De acuerdo con lo anterior, la razón para el establecimiento de este monopolio económico, radica en su finalidad como mecanismo para proveer de recursos al sistema nacional de salud, siendo esta la única justificación para la limitación en el ejercicio de esta actividad económica, por lo que resulta esencial que se cumpla con tal cometido mediante el recaudo de los ingresos correspondientes en la forma esperada y acordada en los respectivos contratos de concesión, con plena sujeción a la normatividad que rige esta actividad, como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia.

92. La finalidad rentística no significa que todos los recursos recaudados deban girarse a la respectiva entidad estatal, puesto que *“(...) es preciso tener en cuenta que no obstante todos los dineros percibidos por el ejercicio de la actividad de juegos de suerte y azar constituyen renta, no por ese sólo hecho deben ser destinados al sector de la salud, toda vez que una interpretación tan restrictiva desconocería la existencia de ciertos gastos, tales como los relativos a operación, administración, el pago de tributos y el valor de los premios que se entregan a los apostadores”,* ya que una concepción absoluta de esa destinación, *“llevaría al absurdo de que no les sería permitido atender, con los recursos provenientes de su objeto, los gastos indispensables para su propio funcionamiento o para el pago de los impuestos, tasas y contribuciones a su cargo”*²⁰ ²¹

93. Actualmente, el desarrollo de este canon constitucional se encuentra contenido en la Ley 643 de 2001, *“Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”*, en la cual se dispuso que los departamentos, el distrito capital y los municipios son titulares de las rentas obtenidas por concepto de los juegos de suerte y azar, cuya explotación, organización y administración está sujeta a esta ley y a su reglamentación por parte del Gobierno Nacional.

94. El artículo 3º de dicha ley, contempla los principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-316 del 24 de abril de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁰ [14] *“Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-587 de 1995, ya citada. En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia C-1191 de 2001, ya citada”*.

²¹ *Ibídem*



y azar, estableciendo que la gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes:

a) Finalidad social prevalente. Todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales;

b) Transparencia. El ejercicio de la facultad monopolística se orientará a garantizar que la operación de los juegos de suerte y azar, esté exenta de fraudes, vicios o intervenciones tendientes a alterar la probabilidad de acertar, o a sustraerla del azar;

c) Racionalidad económica en la operación. La operación de juegos de suerte y azar se realizará por las entidades estatales competentes, o por los particulares legalmente autorizados o por intermedio de sociedades organizadas como empresas especializadas, con arreglo a criterios de racionalidad económica y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio. Los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin;

d) Vinculación de la renta a los servicios de salud. Toda la actividad que se realice en ejercicio del monopolio, debe tener en cuenta que con ella se financian los servicios de salud y esa es la razón del monopolio. Dentro del concepto de Servicios de Salud se incluye la financiación de éstos, su pasivo pensional, prestacional y, los demás gastos vinculados a la investigación en áreas de la salud. Los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital de Bogotá y los municipios como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, se deberán transferir directamente a los servicios de salud en la forma establecida en la presente ley y emplearse para contratar directamente con las empresas sociales del Estado o entidades públicas o privadas la prestación de los servicios de salud a la población vinculada, o para la afiliación de dicha población al régimen subsidiado. (...).

95. Dentro de los modos de operación de los juegos de suerte y azar, se contempla la operación directa, por parte los departamentos y el distrito capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público establecidas en la ley para tal fin (art. 6); y la operación mediante terceros (art. 7), que es aquella realizada por personas jurídicas en virtud de autorización, a través de contratos de concesión en los términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales o sus empresas industriales y comerciales del Estado, o sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la ley; se dispuso que en este caso de operación mediante terceros, la renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que, por la operación de cada juego, debe pagar el operador, y que el término del contrato no puede ser



inferior a 3 años ni superior a 5 y su celebración deberá seguir las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante.

96. En los artículos 8 y 9 de la ley, se reguló lo concerniente a los derechos de explotación y los gastos de administración que se derivan de la operación de los juegos de suerte y azar; así, cuando éstos se operen por medio de terceros, la entidad autorizada para la administración del respectivo juego percibirá, a título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la ley (art. 8). Y, por otra parte, se estableció que, en caso de operación directa de los juegos, la entidad administradora tendrá derecho a los gastos máximos permisibles de administración y operación que se establezcan en el reglamento; cuando el juego se opere a través de terceros, estos reconocerán a la entidad administradora del monopolio como gastos de administración, un porcentaje no superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación (art. 9).

97. El Capítulo IV de la Ley 643 de 2001 se refiere específicamente al juego de apuestas permanentes o chance, definido en el artículo 21 -original²²- como “(...)

²² El artículo 21 de la Ley 643 fue modificado por el artículo 157 de la Ley 2294 de 2023, por lo que no resulta aplicable en el *sub lite*. El nuevo texto es el siguiente: “**ARTÍCULO 21. APUESTAS PERMANENTES O CHANCE.** Es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario que para todo medio de comercialización podrá ser físico o electrónico, en forma sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cinco (5) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor y una cifra de la serie o con el resultado de un premio seco de la lotería o del de (sic) juego autorizado para el efecto, nacional o extranjero, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional sin que se exija la incorporación del plan de premios en el contenido del formulario físico. // Las entidades concedentes autorizarán a los concesionarios incentivos que permitan ampliar el portafolio en aras de contrarrestar el mercado de los juegos ilegales. // Los sorteos de las loterías y de los juegos autorizados para efectos del juego de Apuestas Permanentes o Chance se realizarán mediante baloteras neumáticas y/o generadores aleatorios de números debidamente certificados y/o cualquier otro medio tecnológico certificado que garantice la aleatoriedad y transparencia en la selección de los números, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. // La transmisión de los sorteos se podrá realizar en cualquier sitio, con la supervisión de la entidad concedente, utilizando cualquier medio, sean canales de televisión, redes sociales, páginas web del operador del juego de suerte y azar o las herramientas tecnológicas avaladas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, acudiendo a la estrategia omnicanalidad y sorteos multirred, garantizando el libre acceso a la visualización en tiempo real del respectivo sorteo. // Tanto los formularios físicos como digitales soporte de las ventas, como los formularios y/o comprobantes físicos y/o digitales soporte de los premios pagados, se conservarán por el término previsto en la normativa vigente. En el caso de formularios y/o comprobantes físicos, los mismos se podrán digitalizar para su conservación en sistemas de almacenamiento en la nube o bajo herramientas tecnológicas para tal fin, en cuyo caso no es necesario conservarlos físicamente. // En los pliegos de condiciones y en los contratos de concesión, las entidades concedentes no podrán establecer requisitos que no estén previstos en la ley, ni aquellos que no estén directamente relacionados con el objeto a contratar. Se prohíbe la exigencia de cualquier obligación cuya destinación de recursos producto del monopolio no esté prevista en la ley de régimen propio”.



una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario”.

98. La explotación de este juego como arbitrio rentístico les corresponde a los departamentos y al Distrito Capital y la podrán realizar directamente por intermedio de las empresas industriales y comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las sociedades de capital público departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la misma ley (art. 22).

99. Y en cuanto a los derechos de explotación en esta modalidad de juego de suerte y azar, el artículo 23 de la Ley 643 -original²³- dispone:

Los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance pagarán mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos. (La Sala resalta).

Al momento de la presentación de la declaración de los derechos de explotación, se pagarán a título de anticipo de derechos de explotación del siguiente período, un valor equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los derechos de explotación que se declaran.

En el caso de nuevos concesionarios el primer pago de anticipo se realizará con base en los ingresos brutos esperados, de acuerdo con el estudio de mercado elaborado para el efecto y presentado en el marco de la licitación previa a la celebración del contrato de concesión. (La Sala subraya).

Si se trata de concesionarios que ya venían operando el juego, el pago de anticipo que se realice a partir de la vigencia de la presente ley, se hará con base en el promedio simple de los ingresos brutos del concesionario de los doce (12) meses anteriores; en todo caso, el anticipo no podrá ser inferior al promedio de lo pagado como regalía en los últimos doce (12) meses.

PARÁGRAFO. *La diferencia entre el valor total de los derechos liquidados en el periodo y el anticipo pagado en el período anterior constituirá el remanente o saldo de los derechos de explotación a pagar por el período respectivo.*

En el evento de que el valor total de los derechos de explotación del período sea inferior al anticipo liquidado por el mismo, procederá el reconocimiento de compensaciones contra futuros derechos de explotación.

²³ Por cuanto también fue modificado por el artículo 23 del Decreto Ley 2106 de 2016, no aplicable, por lo tanto, en el presente caso.



100. En el artículo 24 de la ley también se dispuso lo concerniente al plan de premios, estableciendo que el Gobierno Nacional fijaría su estructura en el juego de apuestas permanentes o chance que regiría en todo el país, y señalaría la rentabilidad mínima de este juego, atendiendo, si fuera del caso, diferencias regionales. Así mismo estableció que los contratos de concesión con operadores que no cumplieran con la rentabilidad mínima, deberían terminarse unilateralmente sin derecho a indemnización o compensación²⁴.

101. Se dispuso que el juego de apuestas permanentes o chance operará en todo el territorio nacional en un formulario único preimpreso en papel de seguridad, con numeración consecutiva y con código de seguridad emitido por las empresas administradoras del monopolio rentístico, según formato establecido por el Gobierno Nacional, y que los operadores sólo podrán comprar formularios a esas empresas. Así mismo, únicamente se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros, seleccionados mediante licitación pública y por un plazo de cinco (5) años (art. 25).

102. Finalmente, la ley estableció que los empresarios de las apuestas permanentes, deberán llevar un registro diario manual o magnético, debidamente foliado para el asiento contable de las apuestas, cuyos valores estarán en concordancia con los anotados en los formularios o registros del sistema. El diario deberá mantenerse actualizado y disponible en forma permanente para el caso de requerimiento por las entidades de fiscalización, control y vigilancia (art. 26).

103. El Decreto 1350 de 2003 reglamentó la Ley 643 de 2001, específicamente en cuanto al juego apuestas permanentes o chance al que se refiere el Capítulo IV de la ley²⁵ y definió varios términos propios de este juego en su artículo segundo, entre otros la "Apuesta", que es "(...) el valor pagado por el apostador, sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas, registrado en el formulario oficial que da derecho a participar en el juego de apuestas permanentes o chance"; el "Formulario único de apuestas permanentes o chance", como "(...) un documento al portador, emitido y vendido por las entidades concedentes a los concesionarios, en el cual se registran

²⁴ Esta norma fue objeto de modificación por el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010 y por el artículo 60 de la Ley 1955 de 2019.

²⁵ El artículo 1º dispuso que las disposiciones de este decreto se aplican a las entidades territoriales, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, Sociedades de Capital Público Departamental y demás personas jurídicas, que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 643 del 2001 exploten, administren u operen el juego de apuestas permanentes o chance al que se refiere el Capítulo IV de la Ley 643 del 2001.



las apuestas en forma manual o sistematizada”; y los ingresos brutos, sobre los cuales estableció que “Se entiende por ingresos brutos el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego”. Sobre los derechos de explotación, dispuso en su artículo 14:

Artículo 14. *Declaración, liquidación y pago de los derechos de explotación, anticipo, gastos de administración e intereses. Los concesionarios deberán declarar, liquidar y pagar ante la entidad concedente, en los formularios suministrados por esta dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes, a título de derechos de explotación, el doce por ciento (12%) de los ingresos brutos causados en el mes anterior.*

En ningún caso, el impuesto sobre las ventas formará parte de la base para el cálculo de los derechos de explotación.

Así mismo, deberán liquidar y pagar a título de anticipo de derechos de explotación del siguiente período, un valor equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los derechos de explotación liquidados en el período en que se declara.

Conforme al artículo 9° de la Ley 643 de 2001 o la norma que la modifique o adicione, los concesionarios deberán liquidar y pagar a título de gastos de administración, el uno por ciento (1%) de los derechos de explotación liquidados para el período respectivo.

Parágrafo 1º. *La declaración deberá ser presentada y pagada simultáneamente. Los soportes de la declaración deberán conservarse en los términos y condiciones establecidos en el Código de Comercio para los papeles y documentos del comerciante.*

Parágrafo 2º. *Los concesionarios que no cancelen oportunamente los derechos de explotación y demás obligaciones contenidas en el presente artículo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, de acuerdo con la tasa de interés moratorio prevista para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.*

104. Con base en las definiciones enunciadas atrás sobre Apuesta e ingresos brutos y lo dispuesto en el Decreto 1350 sobre derechos de explotación, en relación con la modalidad del juego de apuestas permanentes o chance, la DIAN profirió el concepto 14875 del 20 de febrero de 2009²⁶, que versó sobre la determinación de la base gravable del impuesto a las ventas IVA en dicho juego, con el fin de calcular el impuesto y los derechos de explotación. En dicho concepto, manifestó que, de acuerdo con lo previsto en el literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario (adicionado por el art. 62 de la Ley 863 de 2003), constituye hecho generador del impuesto sobre las ventas la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar, con excepción de las loterías, el cual se causa en el momento de realización de la apuesta, expedición del documento, formulario, boleta o instrumento que da

²⁶ https://normograma.dian.gov.co/dian/compilacion/docs/oficio_dian_14875_2009.htm



derecho a participar en el juego; siendo responsable de dicho impuesto el operador del juego.

105. En lo que respecta al juego de apuestas permanentes o chance cuando es operado por concesionarios, la DIAN afirmó que estos deberán pagar a la entidad concedente, por derechos de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos, según lo establece el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, con destino al sector de la salud.

106. Y que, por su parte, el mismo literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario establece que la base gravable en los juegos de suerte y azar, salvo en los juegos localizados²⁷, está constituida por el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego.

107. Agregó que, con base en lo anterior y, *“(...) teniendo en cuenta que la tarifa del impuesto sobre las ventas para los juegos de suerte y azar es del cinco por ciento (5%), se concluye que el cinco por ciento (5%) del valor total pagado por el apostador corresponderá al impuesto sobre las ventas. Por lo tanto, el noventa y cinco por ciento (95%) de dicho pago total por parte del apostador corresponderá al monto de la apuesta”*.

108. La DIAN dio alcance al anterior concepto mediante Oficio Tributario Dian 14667 de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 47.649 de 12 de marzo de ese año, en el cual aclaró: *“Dando alcance a la respuesta contenida en el Oficio número 014875 del día 20 de febrero de 2009, comedidamente me permito informarle que tal y como se manifestó en el referido oficio, ‘la base gravable en los juegos de suerte y azar, salvo en los juegos localizados, está constituida por el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho al juego’ y hay que tener en cuenta que el impuesto sobre las ventas se encuentra incluido dentro de este valor, según lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1001 de 1997, por lo que a efectos de determinar la base gravable, el monto de la apuesta deberá dividirse por 1.05 (hoy 1.16 Decreto 127/10), resultado que corresponderá a la base gravable del impuesto sobre las ventas en los juegos de suerte y azar’.*”

²⁷ Según el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, los juegos localizados son los que operan con equipos o elementos de juegos en establecimientos de comercio a los que asisten los jugadores, como condición necesaria para apostar.



El contrato de concesión

109. De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 643 de 2001, cuando la operación del juego de suerte o azar se haga por intermedio de terceros, éstos deberán ser personas jurídicas con quienes se celebre el respectivo contrato de concesión, el que, por lo tanto, estará sujeto a las normas del estatuto general de contratación de la administración pública, y sobre el cual la jurisprudencia ha manifestado²⁸:

2.1.4.1. El contrato de concesión para el juego de apuestas permanentes

La ley 1a de 1982²⁹, expedida con fundamento en el artículo 31 de la Constitución de 1886, autorizó a las loterías establecidas por la ley o a las beneficencias que las administren, "para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero", los cuales podrían "ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares".

Posteriormente, la explotación de los juegos de suerte y azar fue regulada en el artículo 336 de la Constitución Política de 1991, dentro de los monopolios que se establecen como arbitrio rentístico, con la finalidad de satisfacer el interés público y social. Al efecto dispuso la destinación exclusiva de las rentas obtenidas con dicha explotación a los servicios de salud.

La misma norma defirió a la ley la fijación del régimen propio de cada monopolio, particularmente en lo que respecta a su organización, administración, control y explotación.

La ley 80 de 1993 tipificó el contrato de concesión como el negocio jurídico por medio del cual el Estado puede encomendar a terceros la explotación de una actividad que constitucional y legalmente le pertenece. Así, en su artículo 32 numeral 4°, dispuso: "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

Y en consideración a la especial naturaleza y al fundamento del contrato de concesión, la Sala, en varias oportunidades,³⁰ ha precisado que el contrato de concesión no sólo se celebra con el objeto de trasladar a los particulares la

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 34302, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁹ [15] "Reglamentada por el Decreto 0033 de 1984".

³⁰ [16] "Al respecto cabe consultar la sentencia proferida por la Sala el 19 de junio de 1998, expediente 10.217".



prestación de servicios públicos, sino también la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se asignan al Estado o cualquiera de las entidades públicas, como sucede con la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio.

La ley 643 de 2001 actualmente regula la explotación de los juegos de suerte y azar, a cuyo efecto desarrolla la finalidad en que se sustenta, cual es la contribución eficaz a la financiación del servicio público de salud. Objetivo que, conforme lo explicó la Sala, impone la "... racionalidad económica en la operación y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesaria para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio; iii) la vinculación de la renta a los servicios de salud, dado que la razón de ser del monopolio es precisamente la financiación de los servicios de salud."³¹

En desarrollo de esa finalidad prevista en la Constitución Política, que la ley reguló expresamente el derecho que adquiere la entidad pública al celebrar el contrato de concesión y que denominó derecho de explotación, como "un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la ley" (Art. 8 ley 643 de 2001).

Respecto del contenido de ese derecho, la ley dispuso expresamente que los concesionarios debían pagar "mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos." (Art. 23 de la ley 643 de 2001).

110. En el presente caso, el 20 de diciembre de 2006, las partes celebraron el "Contrato de Concesión entre EDSA LTDA.³² y SUSUERTE S.A. para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento de Caldas durante el periodo de enero 1 de 2007 y diciembre 31 de 2011", el cual fue adjudicado por Resolución No. 089 del 20 de diciembre de 2006 dentro del proceso licitatorio No. 002 del 2006, por un valor estimado de \$50.497'028.674 (f. 34, c. 9).

111. En la forma de pago de los derechos de explotación y gastos de administración, se estableció -cláusula tercera- que en los primeros 10 días hábiles de cada mes, el concesionario debía presentar la declaración de ingresos del período mensual anterior, así como la autoliquidación mensual de los derechos de explotación y los gastos de administración correspondientes. Así mismo, que el primer pago de anticipo correspondería a la suma de \$414'256.906, equivalente al 75% de los ingresos brutos esperados conforme a la cláusula segunda, y que dicho pago se efectuaría en la cuenta especial que para el efecto estableciera la entidad concedente.

³¹ [17] "Al efecto cabe consultar la sentencia proferida por la Sala el 16 de marzo de 2006, expediente AP 239".

³² Así consta en el cuerpo del contrato, en el que se dio cuenta de que la Empresa Departamental para la Salud Limitada "EDSA LTDA." fue constituida por Escritura Pública No. 673 del 27 de marzo de 2001 de la Notaría Quinta de Manizales.



112. Dentro de las estipulaciones del contrato de concesión, regido por la Ley 80 de 1993 y las normas especiales de los juegos de suerte y azar, se incluyeron las cláusulas de multas, penal pecuniaria, caducidad, garantías, etc., y así mismo, la aplicación de las facultades excepcionales al derecho común de de terminación, modificación e interpretación unilaterales -cláusula décima cuarta-.

113. El 19 de enero de 2009, las partes suscribieron el Otrosí No. 1, mediante el cual modificaron la cláusula segunda contentiva del valor estimado del contrato, el cual sería de \$41.173'164.363, de los cuales \$15.933'431.907 correspondían a la etapa de enero de 2007 a diciembre de 2008, y \$25.239'732.456³³ correspondían a la etapa de enero de 2009 a diciembre de 2011, con lo cual también varió el cuadro en el que se consignaron los montos mensuales y anuales del contrato para estos últimos años 2009, 2010 y 2011; en consecuencia, también se ordenó la modificación de las garantías de conformidad con este cambio (f. 44, c. 9).

114. En las consideraciones de dicho otrosí, se registró la solicitud que elevó el concesionario el 8 de enero de 2008 para que se revisara el “valor mínimo” establecido en el contrato de concesión con base en el estudio de mercado que sirvió de base para adjudicar la licitación, lo que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 4 numeral 8º y 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, en los términos establecidos por los Decretos 3535 y 4643 de 2005 y la Circular Externa Única No. 47 de 2007 de la Superintendencia Nacional de Salud, motivó la contratación, por parte de la junta directiva de la entidad, de un estudio de mercado para revisar el potencial del juego de apuestas permanentes en el departamento de Caldas y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato celebrado el 20 de diciembre de 2006. La firma contratada para ello presentó el estudio de mercado el 30 de septiembre de 2008, el cual fue remitido a la Superintendencia para lo de su cargo y se ajustó, en cuanto a las proyecciones de ingresos, según sus observaciones, con lo cual se obtuvo la aprobación de dicha entidad al estudio de mercado, con la advertencia de que esa revisión podía tenerse como el nuevo marco de referencia para la estimación de los derechos de explotación que habrían de generar a partir del 1º de enero de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2011. Por ello, la junta directiva determinó una disminución del monto mensual y anual de los

³³ Mediante el Otrosí No. 2 del 15 de julio de 2010, se corrigió esta cifra, siendo la correcta \$25.239'738.546, lo que repercutió en una variación del valor total estimado del contrato con una disminución de la misma cantidad, de \$6.090 (f. 49, c. 9).



derechos de explotación establecidos en el contrato para mantener su equilibrio financiero.

115. Mediante comunicación del 5 de febrero de 2010 -reiterada el 19 de febrero del mismo año- (f. 51 y 56, c. 9), el concesionario elevó derecho de petición ante la EDSA en el sentido de que se revisaran los mínimos del contrato, en consideración al cambio legislativo que se produjo respecto del impuesto al valor agregado IVA, pues mediante el Decreto Ley 127 de 2010 se incrementó la tarifa a los juegos de suerte y azar de un 5% a un 16%, generando un claro detrimento a los ingresos obtenidos por el concesionario a partir de la comercialización del producto chance que venía operando en el departamento de Caldas a través del contrato de concesión suscrito en el 2006.

116. Agregó que *“(...) el producto CHANCE no tiene precio y por lo tanto no existe la posibilidad de trasladar el IVA al consumidor, operando el concepto de IVA incluido, esto quiere decir que los recursos que venimos recaudando por apuestas permanentes se distribuyen en un 5% para el Gobierno Nacional por concepto de IVA y un 95% como ingresos para la concesión; a partir del primero de febrero la distribución es un 16% para el Gobierno Nacional por concepto de IVA y un 84% para la concesión”*. Y que los derechos de explotación que se debían trasladar a EDSA se liquidaban sobre los ingresos brutos sin el IVA, por lo que, a partir de aquella fecha, se vería disminuida la base sobre la cual se liquidaban las transferencias a la salud y se afectarían así mismo los premios por la disminución de la base para liquidarlos a los apostadores.

117. En consecuencia, pidió que, de las ventas mínimas estimadas en el estudio de mercado aprobado que dio lugar al Otrosí No. 1, se descontara el valor correspondiente al IVA del 16% y se liquidaran nuevamente los mínimos estimados para el período de febrero de 2010 a diciembre de 2011, modificando en el contrato la rentabilidad mínima mes a mes, sobre la que el concesionario efectuaría la liquidación de los derechos de explotación. Presentó a continuación el cuadro con el cálculo, mes a mes, en los años 2010 y 2011, de los derechos de explotación con las operaciones derivadas de la exclusión o resta del 16% correspondiente al IVA, con los siguientes datos:



MES	VENTA ESTIMADA (IVA incluido)	IVA 16%	VENTA ESTIMADA SIN IVA	DERECHOS DE EXPLOTACIÓN MÍNIMOS RESTANDO IVA A LA VENTA ESTIMADA
	(A)	(B)	(C=A-B)	(D=C*12%)

118. El 9 de septiembre de 2010, los representantes legales de EDSA y SUSUERTE S.A. suscribieron el Acta de Interpretación Bilateral del Contrato, en la que se estipuló (f. 57, c. 9)³⁴:

PRIMERO- La CLÁUSULA SEGUNDA del contrato de concesión celebrado el 20 de diciembre de 2006 y la CLÁUSULA PRIMERA del OTROSI celebrado el 19 de enero de 2009, se interpretarán así: A partir del 1º de febrero de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011, la tarifa del valor del impuesto a las ventas - IVA- sobre el juego de apuestas permanentes o “chance” es la fijada por el Decreto Legislativo No. 127 del 21 de enero de 2010, convertida en legislación permanente por la Ley 1393 del 12 de julio de 2010, es decir el dieciséis por ciento (16%) y en consecuencia debe aplicarse sobre los valores mensuales de las ventas brutas establecidas en el estudio de mercado vigente, para liquidar los derechos de explotación que debe cancelar por el mismo término el concesionario SUSUERTE S.A. **PARÁGRAFO 1º:** Por lo tanto, el valor de los derechos de explotación del contrato se debe calcular tomando el valor de las ventas brutas establecidas por el estudio de mercado elaborado por la firma Douglas Trade Ltda., que fueron base del OTROSÍ No.1, mes a mes, dividiéndolas entre 1,16; el resultado se multiplicará por el 12% para obtener los derechos de explotación mínimos que debe cancelar el concesionario. **PARÁGRAFO 2º:** El Concesionario quedará obligado a expedir mensualmente y con retroactividad al mes de febrero de 2010, la constancia del mayor valor del IVA pagado en aplicación del Decreto 127/2010 y la Ley 1393/2010, a fin de precisar y consolidar por parte de EDSA el monto que se debe solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como compensación a favor del departamento de Caldas, por la disminución en términos constantes del recaudo por derechos de explotación de dicho juego, frente a lo recaudado por este mismo concepto en el año 2009, con cargo a los recursos percibidos por concepto del IVA aplicable al juego de apuestas permanentes o chance, en los términos del artículo 4º de la Ley 1393/2010. **SEGUNDO.** En consecuencia la CLÁUSULA DÉCIMA – GARANTÍAS del contrato original, se interpreta en el sentido que las pólizas de cumplimiento y de pago de salarios y prestaciones sociales se ajuste a los valores obtenidos después de aplicar la fórmula definida

³⁴ En las consideraciones de este acuerdo de voluntades, se dio cuenta de la modificación que el Decreto Legislativo No. 127 del 21 de enero de 2010 introdujo al inciso cuarto, literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario, disponiendo que en los juegos de suerte y azar se aplicará la tarifa general contemplada en dicho estatuto, es decir que se incrementó el impuesto sobre las ventas IVA, pasando del 5% establecido por el Decreto 427 del 12 de febrero de 2004 al 16%, agregando que, en el párrafo 2º del artículo 420 del Estatuto Tributario que aquel había modificado, expresamente se dispuso que en ningún caso el impuesto sobre las ventas a que se refería ese artículo, formaría parte de la base para el cálculo de los derechos de explotación previstos en la Ley 643 de 2001. A continuación, se aludió a las normas tributarias y conceptos de la DIAN relacionados con el impuesto al valor agregado IVA en los juegos de suerte y azar y, más específicamente, con el juego de apuestas permanentes o chance, y la forma de aplicar la tarifa de aquel impuesto a este último. Se hizo referencia al derecho de petición presentado por el concesionario sobre la aplicación del IVA del 16% a los valores de las ventas brutas mensuales proyectadas entre el 1º de febrero de 2010 y el final de la concesión, el 31 de diciembre de 2011, para la liquidación de los derechos de explotación, y a la autorización de la junta directiva para que el gerente decidiera sobre dicha petición de manera autónoma y con apego a las normas legales, los conceptos de la DIAN y las instrucciones de la Superintendencia Nacional de Salud del 20 de agosto de 2010.



en la CLÁUSULA PRIMERA de este documento, según certificación que para el efecto expedirá EDSA. **TERCERO.- PUBLICACIÓN** (...). (La Sala subraya)

119. El 18 de noviembre de 2011, la EDSA dio respuesta a una solicitud de certificación sobre el cumplimiento del contrato 001 de 2006 elevada por SUSUERTE S.A., en la que le informa que, según la Unidad de Rentas Departamentales, se encuentra pendiente un pago o giro de recursos por parte del concesionario por valor de \$1.286'080.642, por lo que se requiere su desembolso para proceder con la petición (f. 63, c. 9).

120. El concesionario dio respuesta a la anterior comunicación informando que según sus registros contables y soportes de las declaraciones de derechos de explotación durante la ejecución del contrato, el valor pendiente para terminarlo era la suma de \$908'062.008, resultante de aplicar el movimiento de cuenta corriente desde el inicio de la concesión en enero 1 de 2007 hasta el 31 de octubre de 2011, lo que generaba un saldo a favor del concesionario de \$616'769.163 con el valor de los derechos de explotación y gastos de administración de los meses de noviembre y diciembre de 2011 por \$1.524'831.171, es decir que sólo restaba atender lo correspondiente a los meses sin ejecutar de noviembre y diciembre de 2011, por lo que reiteró la solicitud de paz y salvo con corte a 31 de octubre de 2011 y el consecuente certificado de experiencia en la operación y comercialización de las apuestas permanentes (f. 64, c. 9).

121. El 27 de noviembre de 2011 la entidad envió a SUSUERTE S.A. el estado de cuentas del contrato de concesión de acuerdo con la revisión de las declaraciones de derechos de explotación de las apuestas permanentes desde el 1º de enero de 2007 hasta el 31 de octubre de 2011, manifestándole que el concesionario adeudaba un total de \$2.351'798.020, discriminados así: Derechos de explotación: \$1.889'821.339; interés moratorio: \$438'691.796; total derechos de explotación: \$2.328'513; gastos de administración: \$18'898.213; interés moratorio: \$4'386.672; total gastos de administración: \$23'284.885, y adjuntó un cuadro detallado de febrero de 2010 a octubre 31 de 2011³⁵ (f. 66 a 68, c. 9).

³⁵ Se observa que los valores mensuales de dicho cuadro corresponden a los que quedaron consignados en el cuadro incluido en la modificación del otrosí No. 1 (f. 47, c. 9), aunque corridos un mes. Por ejemplo, para el mes de marzo de 2010, se consignó el valor de febrero de 2010, y así sucesivamente.



122. El 28 de noviembre de 2011, EDSA expidió paz y salvo a favor de la empresa SUSUERTE S.A., por concepto de pago de derechos de explotación y gastos de administración en relación con el contrato de concesión No. 001 de 2006, para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas³⁶ (f. 69, c. 9).

123. El 4 de mayo de 2012, EDSA informó a SUSUERTE S.A. que no era posible liquidar el contrato en ese momento en razón al proceso de responsabilidad fiscal que con base en ese negocio jurídico y su otrosí No. 1 estaba adelantando la Contraloría General de la República, por lo que la gerencia consideraba que no tenía competencia para hacerlo hasta tanto no terminara dicha investigación, concepto que reiteró ante la insistencia del contratista (f. 71 a 82, c. 9).

124. Obra acta de la junta directiva de EDSA No. 082 del 27 de noviembre de 2011, en la que se analizó lo concerniente al contrato de concesión con SUSUERTE S.A. y la solicitud de paz y salvo que esta firma había presentado con el fin de participar en la licitación para la celebración del nuevo contrato de concesión del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento en el período de 1º de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2016. Allí se hizo un recuento de lo sucedido durante la ejecución del contrato, la celebración del otrosí No. 1, como resultado del nuevo estudio de mercado que se realizó a solicitud del contratista, la suscripción del Acta de Interpretación Bilateral, la investigación adelantada por la Contraloría General de la República por un posible detrimento patrimonial derivado de la disminución de los ingresos en el pago de los derechos de explotación por razón del otrosí No. 1 y la referida acta, y se resaltó que, a partir de febrero de 2010 *“(...) el concesionario SUSUERTE teniendo presente la modificación que hizo el gobierno nacional con el Decreto 127/2010 aumentando el IVA sobre los juegos de suerte y azar del 5% al 16%, decidió descontar el IVA de las ventas brutas por concepto del chance y por esta vía resultó cancelando mes a mes unos derechos de explotación inferiores a los establecidos en el OTROSI de fecha 19/01/2011”*, encontrando que esta disminución de las transferencias por derechos de explotación desde febrero de 2010 y hasta octubre de 2011, se produjo con ocasión de la suscripción del “Acta de Interpretación Bilateral del Contrato” suscrita por los gerentes de EDSA y SUSUERTE S.A. el 9 de septiembre de 2010, respecto de la cual, la junta concluyó

³⁶ En el plenario consta que ya el 8 de abril de 2011, la EDSA había expedido un paz y salvo por el mismo concepto a favor de SUSUERTE S.A., con corte al 31 de marzo de 2011 (f. 70, c. 9).



que con ella no se hizo ninguna modificación expresa a los valores del contrato y su otrosí No. 1, sino que se refirió a la forma como se debía liquidar el IVA del 16% para liquidar los derechos de explotación, por lo que no tenía ninguna fuerza legal para variar los valores a pagar. En consecuencia, se advirtió sobre la deuda que SUSUERTE S.A. tenía en relación con la cancelación correcta de los derechos de explotación, la que debía pagar en forma inmediata para que se le expidiera el paz y salvo de EDSA, necesario para su participación en la nueva licitación (f. 136, c. 9).

125. Mediante Auto No. 319 del 12 de abril de 2011, la Contraloría General de la República abrió proceso de responsabilidad fiscal No. 001 contra el gobernador del departamento de Caldas -miembro de la junta directiva de EDSA-, el gerente de EDSA, el representante legal de SUSUERTE S.A. y otros funcionarios departamentales y un funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud “(...) *por los hechos relacionados con la disminución de los recursos a la salud en virtud del otrosí No. 1 de 19 de enero de 2009, la disminución de los recursos de gastos de administración a EDSA en virtud del otrosí No. 1 de 19 de enero de 2009, de los intereses moratorios por el no pago oportuno de los derechos de explotación y gastos de administración y la indebida interpretación -cálculo de los derechos de explotación y gastos de administración (...)*” (f. 146 a 225, c. 9).

Consideraciones de la Sala

Validez del Acta de Interpretación Bilateral

126. El primer problema jurídico planteado en el *sub-lite*, apunta a verificar si se produjo o no el incumplimiento contractual de la entidad demandada EDSA, consistente en haber omitido la aplicación del Acta de Interpretación Bilateral suscrita por las partes del contrato de concesión el 9 de septiembre de 2010, tal y como lo definió el *a-quo*. Al respecto, la Sala advierte que, para efectos de resolver los reparos formulados contra la decisión que acogió las pretensiones indemnizatorias, el juez cuenta con competencia para ejercer sus facultades oficiosas, incluida la declaratoria de nulidad absoluta en caso de que se reúnan los presupuestos legales, las cuales conserva aún en el evento en que hubiere operado la caducidad de la acción para pedir la nulidad absoluta de la referida Acta a la luz



de lo dispuesto en el literal e) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.³⁷, teniendo en cuenta que la demanda, en la que se adujeron pretensiones de incumplimiento contractual, fue presentada el 14 de noviembre de 2012. Ello es así toda vez que, tal y como lo ha establecido la Sala, *“(...) cuando el juez del contrato se enfrenta a solicitudes de contenido patrimonial sustentadas en un contrato nulo que fueron presentadas dentro del término legal, es procedente declarar de oficio la nulidad, aun cuando la pretensión anulatoria haya caducado. De lo contrario, se otorgaría validez a derechos subjetivos o crediticios derivados de un título abiertamente contrario al ordenamiento jurídico”,* a lo que cabe agregar que *“(...) como también ha sostenido la Corporación, la caducidad es exigible a las partes del contrato o a los terceros con interés que soliciten su nulidad, pero no al juez cuando la declara de oficio. Esto cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos —especialmente en segunda instancia—, el juez conoce del proceso cuando el término de caducidad de la pretensión ya ha vencido”³⁸.*

127. En tales condiciones y dado que resulta indispensable para efectos de la decisión, la Sala estima procedente analizar la validez de la referida acta. Según los términos contenidos en dicho acto, no cabe duda de que lo que las partes acordaron allí fue la exclusión del porcentaje del impuesto al valor agregado IVA del 16%, de las ventas estimadas mensuales, para aplicar la tarifa legal de derechos de explotación -correspondiente, según el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, al 12% de los ingresos brutos- al monto resultante. Es decir que, en realidad, más que una interpretación de una cláusula contractual ambigua, confusa u oscura, constituyó una modificación bilateral del contrato, en cuanto a la forma de calcular los derechos de explotación a cargo del concesionario.

128. Para la Sala, el anterior acuerdo de voluntades se encuentra viciado de nulidad absoluta, toda vez que se trató de una modificación ilegal del contrato, que resulta violatoria de la ley especial en que debía fundarse, regulatoria de los juegos de suerte y azar.

³⁷ Conforme al cual el término de caducidad para pedir la nulidad absoluta del contrato es de dos años contados a partir de su perfeccionamiento, norma cuya exequibilidad fue condicionada mediante la Sentencia C-207 de 2001, *“bajo el entendido de que si se produce modificación o adición del contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas”*.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de abril de 2025, rad.: 63001233300020200042101 (70.045), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



129. Lo anterior, por cuanto mediante ese acuerdo de voluntades las partes desconocieron que, para modificar los pagos mínimos que debía efectuar el concesionario con base en las estimaciones de ingresos proyectados a partir del estudio de mercado, debían cumplir con lo previsto en el Decreto 3535 de 2005, Decreto 4643 de 2005 y en las Circulares 17 de 2005 y 047 de 2007 emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, y no podían justificarse en la materialización de un riesgo —asumido además por el concesionario— para reducir las estimaciones y, por esa vía, los ingresos destinados al sistema de salud.

130. Según se consignó en el acuerdo de voluntades en cuestión, la variación que se hizo al contrato fue modificar el valor mínimo de los derechos de explotación que debían pagarse mensualmente con base en las ventas brutas proyectadas en el estudio de mercado que sirvió de fundamento al Otrosí No. 1. La modificación consistía en dividir dichas cifras proyectadas entre 1,16 para excluir el componente del IVA y aplicar al resultado la tarifa del 12%, con el pretexto de que, de esta manera, se restableciera el equilibrio económico del contrato, afectado, según se dijo, por la modificación legal que se produjo respecto del porcentaje del IVA al juego de apuestas permanentes, que era del 5% para la época de celebración del negocio jurídico y pasó a ser del 16%.

131. Al respecto, se observa que el artículo 1º del Decreto 427 de 2004, *“Por el cual se reglamenta el literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario adicionado por el artículo 62 de la Ley 863 de 2003”*³⁹, estableció que, para efectos de la aplicación del impuesto sobre las ventas consagrado en el literal d) del artículo 420 del Estatuto

³⁹ El artículo 420 del Estatuto Tributario -antes de la modificación introducida por la Ley 1918 de 2016- señala: *“ARTÍCULO 420. <Fuente original compilada: D. 3541/83 Art. 1o.> El impuesto a las ventas se aplicará sobre: (...) // d) <Literal adicionado por el artículo 62 de la Ley 863 de 2003> Impuesto sobre las Ventas en los juegos de suerte y azar. Constituye hecho generador del Impuesto sobre las Ventas la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar con excepción de las loterías.*

El impuesto se causa en el momento de realización de la apuesta, expedición del documento, formulario, boleta o instrumento que da derecho a participar en el juego. Es responsable del impuesto el operador del juego.

<Ajuste de salarios mínimos en términos de UVT por el artículo 51 de la Ley 1111 de 2006 (A partir del año gravable 2007). El texto con el nuevo término es el siguiente:> La base gravable estará constituida por el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego. (...).

<Inciso modificado por el artículo 3 de la Ley 1393 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> En los juegos de suerte y azar se aplicará la tarifa general prevista en este Estatuto.

Son documentos equivalentes a la factura en los juegos de suerte y azar, la boleta, el formulario, billete o documento que da derecho a participar en el juego. Cuando para participar en el juego no se requiera documento, se deberá expedir factura o documento equivalente. El valor del impuesto sobre las ventas a cargo del responsable no forma parte del valor de la apuesta.

El impuesto generado por concepto de juegos de suerte y azar se afectará con impuestos descontables”.



Tributario en los juegos de suerte y azar, se considera operador del juego -y, por ende, responsable del impuesto- a la persona o entidad que le ofrece al usuario a cambio de su participación, un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, que está determinado por la suerte, el azar o la casualidad. Así mismo, que las apuestas permanentes o el denominado "chance", así como las rifas y otros juegos de suerte y azar que correspondan a la definición del artículo 5º de la Ley 643 de 2001, generan el impuesto sobre las ventas a la tarifa del cinco por ciento (5%), el cual se causa sobre el valor de la apuesta, documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego.

132. El artículo 3º del Decreto Legislativo 127 de 2010, modificó el inciso cuarto del literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario, el cual quedó así: *“A partir del 1º de febrero de 2010, en los juegos de suerte y azar se aplicará la tarifa general prevista en este Estatuto”*.

133. Para esa época, la tarifa general del impuesto al valor agregado IVA, de acuerdo con el artículo 468 del Estatuto Tributario -modificado por el artículo 26 de la Ley 633 de 2000-, era del 16%.

134. Dado que el anterior decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, aunque con efectos diferidos⁴⁰, el legislador expidió la Ley 1393 del 12 de julio de 2010, *“Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”*, cuyo artículo 3º modificó el inciso 4o del literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario, el cual quedó así: *“En los juegos de suerte y azar se aplicará la tarifa general prevista en este Estatuto”*, es decir del 16%.

135. El artículo 4º de la Ley 1393 estableció que los ingresos adicionales recaudados durante el año 2010 por efecto del aumento de la tarifa del impuesto sobre las ventas aplicable a los juegos de suerte y azar se destinarían por la Nación a la unificación de los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y

⁴⁰ La Corte Constitucional declaró INEXEQUIBLE el Decreto 127 de 2010 mediante Sentencia C-253 de 2010, pero difirió los efectos de lo resuelto en la sentencia hasta el 16 de diciembre de 2010.



subsidiado. Y que a partir del 1o de enero del año 2011, la totalidad de los ingresos recaudados por dicho concepto, tendrían la misma destinación. En el párrafo de este artículo, expresamente se dispuso:

PARÁGRAFO. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público compensará anualmente las eventuales disminuciones en términos constantes del recaudado por concepto de derechos de explotación del juego de las apuestas permanentes o chance que presenten los departamentos o el distrito capital frente a lo recaudado por este mismo concepto en el año 2009, sin que el monto total máximo de la compensación a nivel nacional pueda exceder el equivalente a dos puntos del IVA aplicable al juego de las apuestas permanentes o chance recaudados en el respectivo año. Esta compensación se efectuará con cargo a los recursos recaudados por concepto del IVA aplicable al juego de las apuestas permanentes o chance.*

Los recursos compensados anualmente mantendrán la destinación establecida en el artículo 42 de la Ley 643 de 2001. Los recursos que, dentro del límite dispuesto en el inciso anterior, no se requieran para ser utilizados en la mencionada compensación, mantendrán la destinación a que se refieren los incisos 1o y 2o del presente artículo.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

136. Como se observa, el mismo legislador, en reconocimiento de la afectación que, por concepto del aumento del IVA, podía producirse en los ingresos derivados de la explotación del juego de las apuestas permanentes o chance, cuya destinación, como monopolio rentístico estatal, es exclusivamente la salud en los departamentos y el distrito capital, implementó un remedio en forma de compensación, para contrarrestar dichos efectos nocivos, cuya aplicación quedó supeditada a la reglamentación que de la norma hiciera el Gobierno Nacional.

137. Ahora bien, se observa que tal y como ya se registró, el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, relativo a los derechos de explotación del juego de apuestas permanentes o chance, en su inciso 3º, estableció la obligación de las entidades estatales concedentes de elaborar, previo a la apertura de la licitación pública para la adjudicación del contrato de concesión respectivo, un estudio de mercado⁴¹ para

⁴¹ Sobre el cual se ha dicho: “Una de las principales herramientas de carácter técnico y científico, que permite garantizar una explotación eficiente desde el punto de vista económico del monopolio y de esta manera asegurar un nivel creciente de transferencias al sector salud, capaz de responder al alto y progresivo nivel ascendente de necesidades insatisfechas en materia de salud, es el estudio de mercado que por mandato del inciso 3º del artículo 23 de la Ley 643 de 2001, deben efectuar las entidades encargadas de la explotación del juego de apuestas permanentes en nombre de los Departamentos y Distrito Capital, de manera previa al proceso licitatorio, que tiene por objeto entregar a terceros, mediante concesión, la operación del mismo y, con fundamento en el cual se deben determinar los derechos de explotación que el adjudicatario se comprometerá a cancelar”. Auto No. 00319 del 12 de abril de 2011, de la Contraloría General de la Nación “Por medio del cual se apertura proceso de responsabilidad fiscal No. 001” (f. 169, c. 9).



efectos de determinar los ingresos brutos esperados, con fundamento en los cuales se cancelarían los derechos de explotación que constituyen la contraprestación de la respectiva concesión y que, por lo tanto, debían servir como estimativo, para establecer el valor del contrato.

138. Para dar desarrollo a dicha norma y con ello garantizar el adecuado control y seguimiento a las actividades de explotación y operación del juego de apuestas permanentes o chance, la Superintendencia de Salud expidió la Circular 17 de 2005⁴², mediante la cual impartió unas instrucciones generales tendientes, entre otras cosas, a establecer los objetivos generales y específicos que deben cumplir los estudios de mercado en el marco de un contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes.

139. En el ordinal 1 de dicha circular -modificado por la Circular Externa 000022 de 2005- se estableció:

1. Objeto general del estudio de mercado

El estudio de mercado que deben realizar las entidades concedentes del juego de apuestas permanentes o chance, en aplicación de los artículos 23 de la Ley 643 de 2001 y 25, ordinal 12, de la Ley 80 de 1993 tiene por objeto:

A. Analizar las condiciones relevantes de explotación del juego de apuestas permanentes o chance en toda la jurisdicción territorial -Departamentos y Distrito Capital- en la que se va a autorizar la operación del juego, a fin de establecer, cuantificar y correlacionar los principales factores que inciden en la determinación del valor total de los ingresos brutos que se espera genere la respectiva concesión en un determinado período de tiempo y, consecuentemente, en la fijación de los derechos de explotación correlativos.

B. Analizar y valorar el perfil de hábitos, comportamientos y expectativas de los usuarios actuales y potenciales, de manera que se puedan identificar y definir las estrategias de mercado que permitan favorecer la explotación eficiente del juego de apuestas permanentes o chance en la respectiva jurisdicción territorial, el cumplimiento de los derechos de explotación que debe generar la concesión y su potencial incremento.

140. Y de acuerdo con el ordinal 2 de dicha circular, dentro de los objetivos específicos del estudio de mercado, se encuentra el de determinar i) el monto de ingresos brutos que se espera genere la respectiva concesión durante su término

⁴² Esta circular, del 7 de julio de 2005, fue publicada en el Diario Oficial número 45.963 del mismo año. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17027>. Esta circular fue compilada por la Circular Única 047 de 2007, "(...) acto administrativo en el cual se reúnen en un solo cuerpo normativo todas las instrucciones de la entidad que se encuentran vigentes". chrome-extension: // efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj /https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/CircularesExterna/C_2007_Norma_0047.pdf



de duración -literal c- y ii) el valor mensual y anual que por concepto de derechos de explotación debe producir la respectiva concesión -literal d-.

141. En el ordinal 4, se dispuso que el estudio correspondiente debía determinar, entre otros, el valor mensual y anual por concepto de derechos de explotación que debe generar el juego de apuestas permanentes durante el término de duración de la respectiva concesión, incluyendo los recursos adicionales que aportaría el nicho potencial del juego.

142. En las instrucciones impartidas por la superintendencia también se estableció que el estudio de mercado -que debe remitirse a esta entidad- podía ser realizado directamente por las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de capital público departamental encargadas de la administración del juego de apuestas permanentes o chance de conformidad con la Ley 643 de 2001, o a través de la contratación de terceros de reconocida experiencia en el análisis e investigación de mercados; y el numeral 13 de la circular, dispuso⁴³:

13. Obligatoriedad del estudio de mercado

La realización del estudio de mercado, siguiendo la metodología aquí determinada, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, será condición obligatoria para adjudicar el monopolio de apuestas permanentes en cualquier entidad territorial, así como para efectuar modificaciones al valor mensual y anual por concepto de derechos de explotación estipulados en el respectivo contrato de concesión. (La Sala resalta).

143. Por lo anterior, determinó, así mismo -numeral 14-, que el valor mensual y anual que, por concepto de derechos de explotación para un período determinado, establezca el respectivo estudio de mercado con fundamento en los ingresos brutos esperados de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, constituye el valor del respectivo contrato de concesión; y que durante la ejecución del

⁴³ La expresión "(...) *para efectuar las modificaciones al valor mensual y anual por concepto de derechos de explotación estipulados en el respectivo contrato de concesión*" fue declarada nula por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 32733, por considerar que con ella la Superintendencia Nacional de Salud se extralimitó en sus funciones, pues creó un requisito o condición adicional no existente en las normas jurídicas superiores que le sirvieron de fundamento. No obstante, también advirtió que, con posterioridad a dicha Circular fue expedido el Decreto 4643 de 2005, cuyo artículo 3 permite, de oficio o a solicitud de parte, durante la ejecución del contrato y a partir del segundo año de la concesión, una revisión de los estudios de mercado presentados en la convocatoria, con el fin de examinar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato. Y específicamente dispone que "*Los estudios de mercado se harán en los términos y condiciones previstos por la Superintendencia Nacional de Salud*".



contrato, el concesionario, en aplicación de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, deberá cancelar el valor mensual y anual por concepto de derechos de explotación pactado en el negocio jurídico y establecido por el respectivo estudio de mercado a partir de los ingresos brutos esperados para el período correspondiente.

144. Agregó que en el evento en que la liquidación de los derechos de explotación obtenidos del 12% de los ingresos brutos percibidos por el concesionario sea superior al monto de los derechos de explotación establecidos contractualmente, aquel deberá cancelar por este concepto, el valor de la liquidación del 12% sobre los ingresos brutos efectivamente obtenidos. Y en el evento en que la liquidación de los derechos de explotación producto del 12% de los ingresos brutos percibidos por el concesionario, resulte inferior al monto de los derechos de explotación estipulados en el contrato, aquel deberá cancelar los derechos de explotación pactados en el contrato, aclarando que estas obligaciones deberán señalarse claramente en los respectivos pliegos de condiciones e incluirse expresamente en la minuta del contrato de concesión correspondiente.

145. La referida circular en su numeral 12⁴⁴, también estableció la posibilidad de que la entidad concedente del juego de apuestas permanentes o chance, sin perjuicio del estudio de mercado previo a la convocatoria de la licitación pública correspondiente, realice, durante la ejecución del respectivo contrato, de oficio o a solicitud del concesionario, un estudio de mercado a partir del segundo año de la concesión, con el fin de revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato y dispuso que si, como resultado de dicho estudio, se determina un aumento o disminución del monto mensual y anual de los derechos de explotación previamente establecidos, la entidad concedente dará aplicación al artículo 16 de la Ley 80 de 1993⁴⁵. En similares términos, el artículo 3 del Decreto 4643 del 19 de diciembre de 2005, dispuso:

Artículo 3°.- *Revisión estudios de mercado. La entidad concedente de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, sin perjuicio del estudio de mercado previo a la convocatoria de la licitación pública*

⁴⁴ Esta disposición fue replicada, así mismo, en la Circular Única 047 de 2007, numeral 2.2.11.

⁴⁵ Norma que otorga a las entidades estatales la facultad excepcional de modificar unilateralmente el contrato, cuando ello sea necesario para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo sobre dicha modificación.



correspondiente, podrá realizar, durante la ejecución del respectivo contrato, de oficio o a solicitud del concesionario, un estudio de mercado a partir del segundo año de la concesión, con el fin de revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato. Los estudios de mercado se harán en los términos y condiciones previstos por la Superintendencia Nacional de Salud.

Si como resultado de dicho estudio se determina un aumento o disminución del monto mensual y anual de los derechos de explotación previamente establecidos, se deberán hacer los ajustes correspondientes en el contrato de concesión de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993.

146. Este hecho fue precisamente el que se produjo en el presente caso, el cual justificó la suscripción del Otrosí No. 1, mediante el cual las partes modificaron la cláusula segunda del contrato de concesión, relativa a su valor.

147. Se advierte que, en el contrato de concesión objeto de la controversia, en el párrafo de la cláusula segunda (f. 35, c. 9), específicamente se había estipulado que durante la ejecución del contrato el concesionario, “(...) *en aplicación de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, pagará por derechos de explotación mensualmente el 12% de las ventas brutas o el valor que por concepto de derechos de explotación se pacta en la presente cláusula con sujeción a los valores fijados en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 002-2006, establecidos con base en estudio de mercado a partir de los ingresos brutos esperados en el periodo correspondiente*”, a lo cual agregó que “[e]n el evento en que la liquidación de los derechos de explotación obtenidos del 12% de los ingresos brutos percibidos por el concesionario sea superior al monto de los derechos de explotación establecidos contractualmente, aquel deberá cancelar por este concepto, el valor de la liquidación del 12% sobre los ingresos brutos efectivamente obtenidos”; pero en el evento de que esta última liquidación fuera inferior al monto de los derechos de explotación estipulados en el contrato, el concesionario debía cancelar estos últimos. Es decir, que siempre debía cancelar el valor mayor de la liquidación del 12% sobre los ingresos brutos estimados en el contrato y los ingresos brutos realmente obtenidos.

148. Por otra parte, se observa que la expresión *ingresos brutos*, en principio, corresponde a todos los recursos que ingresaron a las arcas del contratista con ocasión de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, pues en términos contables, ingresos brutos son aquellos sobre los cuales no se han aplicado las deducciones a las que están sujetos por diferentes motivos.



149. Específicamente, para los efectos de la determinación de los derechos de explotación del juego de apuestas permanentes o chance, como ya se dijo, el Decreto 1350 de 2003 estableció que *“Se entiende por ingresos brutos el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego”*.

150. No obstante, tal y como ya se explicó, de un lado, el inciso segundo del artículo 14 del referido decreto, dispuso que *“[e]n ningún caso, el impuesto sobre las ventas formará parte de la base para el cálculo de los derechos de explotación”*. Y de otro lado, las normas tributarias -de acuerdo con el concepto de la DIAN-, aclararon que el porcentaje del impuesto al valor agregado IVA no hace parte de los ingresos brutos para efectos del cálculo de los derechos de explotación del juego de apuestas permanentes.

151. Por lo tanto, al establecer la entidad concedente -a partir del estudio de mercado que estaba obligada a efectuar- los ingresos brutos esperados destinados al cálculo de los derechos de explotación -12% de dichos ingresos-, es claro que los mismos corresponden a lo dispuesto por la referida normatividad y, por lo tanto, no hace parte de tales ingresos brutos, el porcentaje del impuesto al valor agregado IVA.

152. De acuerdo con lo anterior, mediante el Acta de Interpretación Bilateral suscrita por las partes, en la que se acordó excluir el 16% del IVA de los ingresos esperados para determinar los derechos de explotación generados por la ejecución del contrato de concesión, en realidad se varió su valor anual y mensual, que se había fijado en el Otrosí No. 1 del 19 de enero de 2009, mediante el cual las partes ya habían modificado la Cláusula Segunda del contrato de concesión, contentiva del valor estimado del mismo.

153. Es decir que, con esa acta, se disminuyeron, de hecho, los ingresos que por derechos de explotación debía cancelar el concesionario, pues por el mecanismo de restar el 16% del IVA, se disminuyó, ilegalmente, el monto de los ingresos esperados, tal y como lo determinó la Contraloría General de la República en el auto de apertura de la investigación fiscal que se adelantó, entre otras cosas, por este



hecho, en el que afirmó, refiriéndose a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4 de la Ley 1393 de 2010, relativo a la compensación futura por cuenta del aumento del porcentaje de IVA a los juegos de apuestas permanentes o chance:

De acuerdo con lo anterior, es claro que los ingresos brutos del concesionario serían los que corresponden a la suma de las apuestas de cada periodo, es decir, al valor antes de IVA de las ventas del chance. Así mismo, y usando la definición del Decreto 1350 de 2003, los ingresos brutos que contempla el Estudio de Mercado, corresponden al valor antes de IVA de las ventas esperadas del chance para cada periodo de la concesión, valores base para la liquidación de los derechos mensuales de explotación del otrosí No. 1. Una vez aclarado esto, no se entiende el fundamento esgrimido por el concedente y el concesionario para reducir el valor de los Derechos de Explotación en un 16% a partir de febrero de 2010, pues los derechos calculados no eran modificables aún cuando la tasa de IVA fuera incrementada⁴⁶.

154. Dicho en otras palabras, los ingresos brutos surgidos de los estudios de mercado que precedieron la celebración del contrato de concesión y la modificación del valor del contrato mediante el Otrosí No. 1, los cuales debían tenerse en cuenta para el cálculo de los derechos de explotación, se determinaban, según el régimen jurídico del juego de apuestas permanentes o chance, sin tener en cuenta el IVA, es decir antes de aplicar el porcentaje correspondiente a este gravamen, fuera del 5% o del 16%.

155. Las normas estudiadas establecen que se deben fijar los ingresos mínimos esperados en la ejecución del contrato de concesión, los que si bien pueden ser modificados por acuerdo entre las partes, conforme a lo previsto en la Sección 12 de la Circular Externa 17 de 2005 de la Superintendencia Nacional de Salud⁴⁷, no lo pueden ser por su sola voluntad ni con fundamento en razones jurídicamente improcedentes. Así se desprende de lo dispuesto en la Ley 643 de 2001, su Decreto Reglamentario 3535 de 2005, el Decreto 4643 de 2005 y las referidas Circulares 17 y 047. El artículo 2 del Decreto 3535 de 2005 exige que tanto la elaboración de los estudios de mercado como las modificaciones que pretendan introducirse a los valores allí establecidos, deben sujetarse a los lineamientos fijados por la Superintendencia Nacional de Salud.

156. Al respecto, se observa que la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular 17 del 7 de julio de 2005 dirigida a las entidades que exploten, administren

⁴⁶ Auto No. 00319 del 12 de abril de 2011, de la Contraloría General de la Nación "Por medio del cual se apertura proceso de responsabilidad fiscal No. 001" (f. 169, c. 9).

⁴⁷ Y el numeral 2.2.11 de la Circular Única 047 de 2007.



u operen el juego de apuestas permanentes o chance y su asunto es el “*estudio de mercado y contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance y otras disposiciones*”, cuyo contenido fue incluido en la Circular Única Externa No. 047 del 30 de noviembre de 2007⁴⁸.

157. Dichas circulares, cuya naturaleza corresponde a la de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, en la medida en que no se limitan a formular recomendaciones sino que contienen disposiciones normativas vinculantes para sus destinatarios, resultan obligatorias frente a las entidades territoriales y los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance en virtud de lo dispuesto por el inciso cuarto del artículo 2 del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, norma conforme a la cual los estudios de mercado que deben realizar las entidades concedentes deberán ajustarse a lo indicado por la Superintendencia Nacional de Salud y, como mínimo, determinar el tamaño del mercado de todos los juegos de suerte y azar que tengan relación o afecten el Juego de Apuestas Permanentes o Chance que operen en la respectiva jurisdicción territorial; así mismo, deberán determinar el tamaño del mercado del Juego de Apuestas Permanentes o Chance en la respectiva jurisdicción territorial; el monto de ingresos brutos que se espera genere la respectiva concesión durante su término de duración y el valor mensual y anual que por concepto de derechos de explotación debe producir la respectiva concesión. La norma también dispone que estos estudios podrán revisarse en los términos y condiciones establecidos por la Superintendencia Nacional de Salud e inclusive, contempla la posibilidad de que sea esta misma entidad la que contrate estudios de mercado, a los que estarán sujetos tanto la entidad concedente como el concesionario ⁴⁹.

⁴⁸ Cuyo objetivo y alcance fueron: “*Con fundamento en las facultades Constitucionales y Legales de la Superintendencia Nacional de Salud, se expide la Circular Única, acto administrativo en el cual se reúnen en un solo cuerpo normativo todas las instrucciones de la entidad que se encuentran vigentes, con los siguientes propósitos: • Recopilar, modificar y actualizar todas Circulares Externas y Cartas Circulares expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud. • Facilitar a los destinatarios de su misión de inspección, vigilancia y control, el cumplimiento, comprensión y consulta de las instrucciones expedidas por esta Superintendencia. • Proporcionar a sus funcionarios un instrumento jurídico unificado y coherente que determine con precisión las reglas aplicables a las situaciones concretas que se inscriben dentro de su ámbito de competencia*”.

⁴⁹ “**Artículo 2°.** Estudios de Mercado. Las entidades concedentes, de conformidad con la Ley 643 de 2001, podrán realizar directamente o contratar con terceros de reconocida experiencia en el análisis e investigación de mercados, en los términos de la Ley 80 de 1993, los estudios de mercado de que trata el artículo 23 del régimen propio del monopolio de juegos de suerte y azar. // Dichos estudios podrán ser realizados directamente por las entidades concedentes, siempre y cuando cuenten dentro de su estructura organizacional con los recursos humanos y técnicos adecuados en términos de experiencia y capacidad operativa, para adelantarlo. // Los estudios de mercado deberán ajustarse a lo indicado por la Superintendencia Nacional de Salud y como mínimo, determinar el tamaño del mercado de todos los juegos de suerte y azar que tengan relación o afecten el Juego de Apuestas Permanentes o Chance que operen en la respectiva jurisdicción territorial. // Igualmente,



158. El Capítulo 12 de la Circular 17 estableció las reglas que se debían seguir para la revisión del estudio de mercado, en los siguientes términos⁵⁰:

12. Revisión del estudio de mercado

12.1 La entidad concedente de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, sin perjuicio del estudio de mercado previo a la convocatoria de la licitación pública correspondiente, podrá realizar, durante la ejecución del respectivo contrato, de oficio o a solicitud del concesionario, un estudio de mercado a partir del segundo año de la concesión, con el fin de revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato.

Si como resultado de dicho estudio se determina un aumento o disminución del monto mensual y anual de los derechos de explotación previamente establecidos, la entidad concedente dará aplicación al artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

12.2 Toda iniciativa para la realización de un estudio de mercado, que tenga por objeto revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del respectivo contrato de concesión, deberá

deberán determinar el tamaño del mercado del Juego de Apuestas Permanentes o Chance en la respectiva jurisdicción territorial; el monto de ingresos brutos que se espera genere la respectiva concesión durante su término de duración y el valor mensual y anual que por concepto de derechos de explotación debe producir la respectiva concesión. Estos estudios podrán revisarse en los términos y condiciones establecidos por la Superintendencia Nacional de Salud. // La Superintendencia Nacional de Salud, podrá contratar estudios de mercado selectivos sobre el Juego de Apuestas Permanentes o Chance que serán de referencia obligatoria para el concedente y el concesionario, los cuales deberán ajustar su relación contractual, si es del caso, de acuerdo con los términos de la Ley 80 de 1993, para lo cual el representante legal de la entidad concedente iniciará las acciones correspondientes de manera inmediata a su conocimiento y lo comunicará a su Junta Directiva y al Gobernador o el Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., para el respectivo seguimiento”.

⁵⁰ La Circular 047 incluyó las mismas reglas, en los siguientes términos: “2.2.11. Revisión del estudio de mercado. // 2.2.11.1. La entidad concedente de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, sin perjuicio del estudio de mercado previo a la convocatoria de la licitación pública correspondiente, podrá realizar, durante la ejecución del respectivo contrato, de oficio o a solicitud del concesionario, un estudio de mercado a partir del segundo año de la concesión, a fin de revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato. // Si como resultado de dicho estudio se determina un aumento o disminución del monto mensual y anual de los derechos de explotación previamente establecidos, la entidad concedente dará aplicación al artículo 16 de la Ley 80 de 1993. // 2.2.11.2. Toda iniciativa para la realización de un estudio de mercado, que tenga por objeto revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del respectivo contrato de concesión, deberá comunicarse inmediatamente a la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de Recursos Económicos para la Salud, acompañarse del estudio técnico que justifica la viabilidad, conveniencia y oportunidad de la iniciativa y someterse a decisión de la junta directiva de la entidad concedente. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la adopción de la respectiva decisión, esta deberá comunicarse a la mencionada dependencia de esta Superintendencia, adjuntándose copia de toda la documentación que le sirvió de fundamento. // 2.2.11.3. La sola solicitud para la realización de un estudio de mercado, con el objeto de revisar el potencial del juego de apuestas permanentes o chance y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato de concesión, presentada por el respectivo concesionario, no habilita su inmediata realización, pues corresponde a la junta directiva de la entidad concedente analizar la conveniencia, viabilidad técnica y jurídica y la oportunidad del mismo. De no reunirse satisfactoriamente estas condiciones, la junta directiva correspondiente podrá negar la solicitud. // 2.2.11.4. Los estudios de mercado que tengan por objeto revisar el potencial del juego de apuestas permanentes o chance y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato de concesión deberán cumplir los mismos requisitos y objetivos previstos en la presente circular, teniendo en cuenta que el período de tiempo objeto de análisis corresponde al término restante de duración de la respectiva concesión”.



comunicarse inmediatamente a la Dirección General para el Control de las Rentas Cedidas de esta Superintendencia, acompañarse del estudio técnico que justifica la viabilidad, conveniencia y oportunidad de la iniciativa y someterse a decisión de la junta directiva de la entidad concedente. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la adopción de la respectiva decisión, esta deberá comunicarse a la mencionada dependencia de esta Superintendencia, adjuntándose copia de toda la documentación que le sirvió de fundamento.

12.3 La sola solicitud para la realización de un estudio de mercado, con el objeto de revisar el potencial del juego de apuestas permanentes o chance y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato de concesión, presentada por el respectivo concesionario, no habilita su inmediata realización, pues corresponde a la junta directiva de la entidad concedente analizar la conveniencia, viabilidad técnica y jurídica y la oportunidad del mismo. De no reunirse satisfactoriamente estas condiciones, la junta directiva correspondiente podrá negar la solicitud.

12.4 Los estudios de mercado que tengan por objeto revisar el potencial del juego de apuestas permanentes o chance y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato de concesión deberán cumplir los mismos requisitos y objetivos previstos en la presente circular, teniendo en cuenta que el período de tiempo objeto de análisis corresponde al término restante de duración de la respectiva concesión.

159. Y, como ya se dijo, el artículo 3 del Decreto 4643 de 2005, relativo a la revisión de los estudios de mercado, dispuso expresamente que éstos “(...) se harán en los términos y condiciones previstos por la Superintendencia Nacional de Salud”.

160. En el *sub-lite* SUSUERTE y EDSA, suscribieron el Acta de Interpretación Bilateral, con desconocimiento de las referidas exigencias, pues como resultado de lo allí pactado, se disminuyeron los ingresos mensuales mínimos que debían tenerse en cuenta desde febrero de 2010 hasta diciembre de 2011, y que habían sido fijados en el otrosí No. 1, que además ya los había disminuido con relación a los existentes en la licitación pública, y como resultado de un nuevo estudio de mercado.

161. No debe olvidarse que, mediante el mecanismo de ingresos brutos mínimos proyectados como base para calcular los pagos a cargo del operador, el Estado traslada al concesionario el riesgo comercial o de mercado, esto es, aquel vinculado a la eventual diferencia entre las estimaciones del valor de las apuestas y los ingresos efectivamente recaudados. De este modo, se garantiza que el sistema de salud reciba una suma mínima, incluso si los ingresos reales obtenidos por la explotación del juego resultan inferiores a las proyecciones del estudio de mercado. Esta distribución normativa del riesgo justifica que, conforme a la Circular Externa 17 de 2005, las partes no puedan modificar libremente los ingresos mínimos



proyectados ni, por esa vía, reducir los montos que el concesionario debe pagar como derechos de explotación.

162. En el caso concreto, las partes vulneraron estas reglas imperativas al reducir los ingresos mínimos previstos en el estudio de mercado del otrosí 1 —que, por definición reglamentaria, excluyen el IVA— con base en el incremento de la tarifa de ese impuesto. Como resultado, disminuyeron sin autorización y por su sola voluntad las sumas que debía recibir la Dirección Territorial de Salud. La modificación fue introducida mediante el Acta de Interpretación Bilateral, sin observar las condiciones previstas en el capítulo 12 de la Circular 17, sólo con fundamento en una variación impositiva.

163. Si bien es cierto que un aumento en la tarifa del IVA puede incidir indirectamente en la demanda (por ejemplo, si un apostador paga cien pesos, bajo una tarifa del 5% se destinarían noventa y cinco pesos a la apuesta y cinco al impuesto; en cambio, con una tarifa del 16%, solo ochenta y cuatro pesos se destinarían a la apuesta, lo que podría reducir la participación del público), ello no justificaba automáticamente alterar los ingresos mínimos proyectados conforme a las normas citadas. Dicho en otras palabras, la variación en la tarifa del impuesto no justificaba, por sí sola, la modificación de los ingresos mínimos proyectados, pues cualquier ajuste en ese sentido requería observar el procedimiento y cumplir las exigencias previstas en el Decreto 3535 de 2005 y en las Circulares Externas 17 de 2005 y 047 de 2007.

164. Cabe agregar que, conforme a lo dispuesto tanto en el pliego de condiciones como en el contrato, al contratista le correspondía asumir el riesgo fiscal, esto es, el impacto adverso derivado de una variación en la tarifa del IVA. Así, según el pliego de condiciones -num. 7.5.1.4- (f. 95, c. 11), el concesionario debía asumir los riesgos que se derivaran de la operación del contrato de concesión, sin que éstos pudieran ser trasladados al comercializador, agencia o punto de venta; de acuerdo con el numeral 17 de la cláusula séptima del contrato de concesión (f. 39, c. 9), el concesionario asumió el riesgo del éxito o fracaso de la operación del juego de apuestas permanentes, y por ello obraba por su cuenta y riesgo; y, según la cláusula décima octava del contrato, relativa al conocimiento del mercado, el concesionario declaraba que conocía y aceptaba las condiciones del mismo en el departamento de Caldas conforme a los estudios previos de la licitación, las condiciones de su comercialización y demás aspectos de carácter económico, laboral, fiscal,



impositivo, etc. que pudieran influir en la ejecución del contrato y, por lo tanto, la entidad no admitiría reclamos o incumplimientos fundados en estos motivos (f. 42, c. 9).

165. Demostrativo de lo anterior, resulta el cuadro comparativo elaborado por la Contraloría General de la República, en el que evidenció la disminución en los derechos de explotación en el año 2010⁵¹:

MES	Valor mínimo Otrosí No. 1	Valor liquidado por SUSUERTE	Valores no pagados
ENERO	628.110.254	628.110.254	0
FEBRERO	583.542.018	503.053.981	80.488.637
MARZO	636.329.367	548.559.799	87.769.568
ABRIL	618.642.666	532.967.816	85.674.850
MAYO	683.878.099	589.550.085	94.328.014
JUNIO	651.793.849	561.891.249	89.902.600
JULIO	711.123.400	613.037.466	98.085.994
AGOSTO	721.903.172	622.330.321	99.572.861
SEPTIEMBRE	715.444.677	516.762.653	98.682.024
OCTUBRE	752.089.997	648.870.687	103.819.310
NOVIEMBRE	753.659.293	649.706.287	103.953.006
DICIEMBRE	885.070.798	762.992.067	122.078.731
TOTAL AÑO	8.342.188.250	7.277.832.665	1.064.355.585

Fuente: Declaraciones de Explotación, Otrosí No. 1 del contrato de concesión.

La nulidad absoluta del contrato

166. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y por las causales especiales allí consagradas: cuando i) se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; ii) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; iii) se celebren con abuso o desviación de poder; iv) Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

167. Según el artículo 45 de la Ley 80, la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, y conforme al último inciso del artículo 141 del CPACA, “El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, “(...) son

⁵¹ Teniendo en cuenta que, como lo dice el mismo auto de la Contraloría, en este contrato de concesión los derechos de explotación se cancelaron siempre con el mínimo del contrato, el cual se basa en unos ingresos brutos esperados (f. 184, c. 9).



tres los requisitos que deben reunirse para declarar oficiosamente la nulidad absoluta de un negocio jurídico: (i) que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o se encuentre plenamente probado, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes⁵²⁵³.

168. A su vez, el artículo 1741 del Código Civil, dispone que hay nulidad absoluta del acto o contrato que tengan objeto o causa ilícitos, mientras que el artículo 1519 establece que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación.

169. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la nulidad absoluta puede pregonarse tanto del contrato en sí, como de alguna o algunas de sus cláusulas y así mismo, de los acuerdos de voluntades accesorios que, con fundamento en aquel, suscriban las partes, como lo son las adiciones, prórrogas, suspensiones, la liquidación bilateral, etc., categoría dentro de la cual se puede ubicar el “Acta de Interpretación Bilateral” suscrita por las partes en ejecución del contrato de concesión que celebraron en 2006 para la explotación del juego de apuestas permanentes o chance.

170. En relación con esta clase de negocio jurídico, ha dicho la jurisprudencia:

*(...) es precisamente en desarrollo de esa finalidad prevista en la Constitución Política, que la ley reguló expresamente el derecho que adquiere la entidad pública al celebrar el contrato de concesión y que denominó **derecho de explotación**, como “un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la ley” (art. 8 ley 643 de 2001).*

Respecto del contenido de ese derecho, la ley dispuso expresamente que los concesionarios debían pagar “mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos.”(art. 23 de la ley 643 de 2001).

De conformidad con lo anterior la Sala considera, al igual que lo hizo el señor agente del Ministerio Público, que la especial finalidad dispuesta constitucionalmente para la explotación de los juegos de suerte y azar, que se cumple mediante el señalamiento de un derecho de explotación, fijado normativamente como una prestación que se impone al concesionario en una cuantía mensual que corresponde al 12% de “sus ingresos brutos”, no es

⁵² “Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2019, exp. 61.720. M.P. Marta Nubia Velásquez. En el mismo sentido, ver la sentencia de la Sala del 10 de septiembre de 2021, exp. 52.894, M.P. José Roberto Sáchica Méndez”.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de junio de 2024, rad.: 08001-23-31-002-2011-01143-01 (61.252), C.P. María Adriana Marín.



susceptible de renuncia por la entidad pública, ni de disposición por las partes del contrato⁵⁴. (La Sala subraya).

171. En el presente caso, como ya se vio, la Ley 643 de 2001 establece la obligación de las entidades concedentes del juego de apuestas permanentes o chance de efectuar, previo a la licitación pública para adjudicar el contrato, un estudio de mercado dirigido a establecer los ingresos brutos esperados a partir de la ejecución del futuro negocio jurídico, deber que también tienen que cumplir si pretenden modificar el contrato, para aumentar o disminuir el monto mensual y anual de los derechos de explotación previamente establecidos, obligación que, en el presente caso, fue omitida por las partes al suscribir el “Acta de Interpretación Bilateral”, mediante la cual decidieron modificar el valor del contrato.

172. Se reitera que el negocio jurídico objeto de la presente controversia es un contrato de concesión de un monopolio estatal creado como arbitrio rentístico destinado a la salud, por lo que su regulación está contenida en normas imperativas de orden público, cuya vulneración vicia de nulidad absoluta el respectivo acuerdo de voluntades que incurra en dicha vulneración.

173. Ahora bien, se observa que la entidad demandada, en su recurso de apelación pidió que se declarara la ilegalidad del Acta de Interpretación Bilateral y como consecuencia, que se declare la existencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato en detrimento de EDSA y por ende, de los recursos de la salud; y como consecuencia, que se ordene la liquidación del contrato y se establezcan las sumas a cargo de la demandante SUSUERTE S.A.

174. Al respecto, advierte la Sala que lo pedido por la apelante como consecuencial a la declaratoria de nulidad de la referida acta es improcedente, toda vez que la Empresa Departamental para la Salud EDSA no presentó una demanda de reconvencción en la que hubiera elevado pretensiones tendientes a la liquidación del contrato y al restablecimiento del equilibrio económico a su favor, siendo dicha solicitud extraña a lo que es el objeto de esta clase de impugnación de providencias judiciales. El recurso de apelación ha sido diseñado y establecido para permitir que las partes inconformes con lo resuelto por el *a-quo*, expongan las razones por las cuales consideran que fue errada la decisión, sin que ello permita modificar ni las

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, rad.: 11001-03-26-000-2006-00021-00(32846), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



pretensiones, ni la *causa petendi* de la demanda, y mucho menos, como en este caso, presentar pretensiones nuevas, que no fueron oportunamente elevadas dentro del proceso.

175. Por otra parte, a pesar de la declaratoria de nulidad absoluta que se proferirá en la presente providencia respecto del Acta de Interpretación Bilateral, la Sala estima que no hay lugar tampoco a ordenar restituciones mutuas toda vez que, en últimas, el concesionario pagó los derechos de explotación mínimos como si dicho documento no se hubiera suscrito. En efecto, a pesar de la modificación introducida en la denominada Acta de Interpretación Bilateral, no se alteró la situación patrimonial de las partes respecto del régimen original del contrato, pues el concesionario terminó asumiendo el pago de los derechos de explotación en los montos previstos en el otrosí No. 1, sin aplicar la fórmula de reducción convenida en la referida acta.

176. Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y declarará de oficio la nulidad absoluta del Acta de Interpretación Bilateral, como consecuencia de lo cual procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

177. Finalmente, se observa que en la demanda inicial se pidió (pretensiones quinta y sexta) que se ordenara la liquidación del contrato incluyendo en ella los pagos reconocidos en virtud de las otras pretensiones, pretensión que fue denegada por el *a-quo*, al considerar que *“Por fuera del pago que SUSUERTE S.A. hizo a EDSA por derechos de explotación y gastos de administración, ninguna de las partes en la demanda o contestación aportan o discuten sumas o elementos distintos del desarrollo contractual que permitan a este juez colegiado efectuar la liquidación por vía judicial”*, por lo que dio aplicación a jurisprudencia conforme a la cual la pretensión de liquidación debe denegarse cuando no existen elementos de juicio suficientes para determinar el cruce final de cuentas (f. 1159, c. ppl).

178. Contra la anterior decisión, la parte demandante nada dijo en su recurso de apelación, razón por la cual no resulta procedente efectuar análisis alguno en relación con la denegatoria de esta pretensión en el fallo de primera instancia.



La condena en agencias en derecho a la parte actora en el proceso 2013-00186-00

179. La Empresa Departamental para la Salud EDSA en su recurso de apelación, como ya se dijo, sostuvo que el *a-quo* omitió condenar por concepto de agencias en derecho a la sociedad SUSUERTE S.A., a pesar de haber sido la parte vencida en ese proceso acumulado, al haber prosperado la excepción de caducidad de la acción, por lo que pidió modificar la sentencia profiriendo la respectiva condena en contra de la parte actora.

180. Al respecto, se observa que efectivamente, en la sentencia de primera instancia el *a-quo* condenó en costas en ambos procesos a la parte demandada y fijó como agencias en derecho a su cargo la suma de \$11'642.565, en los siguientes términos:

COSTAS de ambos procesos a cargo de la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

FÍJANSE como agencias en derecho, la suma de ONCE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$11'642.565) también a cargo de la parte demandada, y a favor de SUSUERTE S.A., de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 artículo 5, numeral 3.1.2 inc. 2 del Consejo Superior de la Judicatura.

181. Con lo anterior, es evidente que el *a-quo* no tuvo en cuenta que, en el proceso 2013-00186-00, prosperó la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada, por lo que respecto de esa decisión, ésta no debió ser condenada en costas ni, por tanto, al pago de agencias en derecho, puesto que en ese caso la condena en costas debió recaer en la parte demandante, vencida en ese proceso, con la consecuente condena al pago de agencias en derecho respecto de las pretensiones elevadas en la demanda que le dio origen, las cuales ascendieron a la suma de \$8.368'379.451.

182. Sin embargo, se debe advertir que en el otro proceso, 2012-192, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, razón por la cual se debió condenar en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, por lo que se observa que obró una compensación de costas, y por lo tanto no había lugar a condenar por este concepto, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P. En consecuencia, se tendrá en cuenta esta circunstancia en la fijación de las costas en la presente providencia.



Condena en costas

183. De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas del Código de Procedimiento Civil -hoy Código General del Proceso-.

184. En este orden de ideas, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.⁵⁵, la Sala condenará en costas en esta instancia a la parte actora, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la norma, dicha condena no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria, sino la verificación objetiva de quién resultó vencido.

185. En consecuencia y con fundamento en el numeral 3.1.3. del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 expedido el 26 de junio de 2003 por el Consejo Superior de la Judicatura⁵⁶, se fija como agencias en derecho la suma equivalente al 0,5% del valor de las pretensiones solicitadas en el proceso acumulado 2013-00186-00 - \$8.368'379.451-, en el que se declaró probada la excepción de caducidad de la acción, esto es la suma de \$41'841.897, a cargo de SUSUERTE S.A. y a favor de la Empresa Departamental para la Salud EDSA.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia del 4 de mayo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de caducidad de la acción en el proceso 17-001-23-33-000-2013-00186-00.

⁵⁵ “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: // 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

⁵⁶ “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO // “3.1.3. Segunda instancia. // (...) **Con cuantía:** Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.



SEGUNDO: DECLÁRASE DE OFICIO la nulidad absoluta del Acta de Interpretación Bilateral suscrita por las partes el 9 de septiembre de 2010 en el proceso 17-001-23-33-000-2012-00192-00.

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS en primera instancia

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte actora, para lo cual se fijan las agencias en derecho a su cargo y a favor de la Empresa Departamental para la Salud EDSA, en la suma de cuarenta y un millones ochocientos cuarenta y un mil ochocientos noventa y siete pesos m/cte. (\$41'841.897), en el proceso 2013-00186-00.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace:

<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF