

## REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Magistrado Ponente:** OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS  
**Radicación:** No. 25000-23-41-000-2016-00269-00  
**Demandante:** JOSÉ ALFREDO SALAMANCA AVILA  
**Demandados:** COLJUEGOS Y OTRO  
**Referencia:** ACCIÓN POPULAR

El señor José Alfredo Salamanca Ávila, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, demanda a la Empresa Industrial y Comercial del Estado-Coljuegos y al Ministerio de Salud, con el fin de evitar la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

Visto el informe secretarial que antecede (fl. 217), en atención a la acción de la referencia, como quiera que la demanda presentada cumple con los requisitos legales consagrados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la misma será admitida frente a la Empresa Industrial y Comercial del Estado-Coljuegos y rechazada frente al Ministerio de Salud.

No obstante, se denegará la medida cautelar solicitada por la parte actora, por las siguientes razones:

a) La parte demandante reclama como medida cautelar la siguiente:

*"En consideración de los límites fácticos es dable entender que el ejercicio de las actuaciones administrativas bajo las cuales se está operando el juego de la revancha esta en claro detrimento del erario público y en especial del sector salud, razón por la cual considero pertinente y razonable solicitar como medida cautelar la suspensión del acto*

*administrativo o decisión por medio de la cual el demandado, Coljuegos, autorizó la explotación del referido juego hasta que se profiera decisión de fondo". (fl. 52 cuaderno de medidas cautelares).*

b) Según lo previsto en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 472 de 1998 la acción popular se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o cuando fuere posible restituir las cosas a su estado anterior.

c) En esa dirección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la disposición legal arriba citada, antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso el juez podrá decretar, de oficio o a petición de parte, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado, y en particular podrá decretar las medidas contempladas en los literales a) a d) de la norma en cita.

d) En ese contexto, el estudio razonado de los hechos que conduzcan a la aplicación de las medidas solicitadas debe, necesariamente, soportarse en el examen y análisis de los elementos de prueba que se acompañen con la solicitud.

e) En ese orden de ideas, en este estado de la actuación no es procedente la medida cautelar solicitada, por las siguientes razones:

No existe ningún medio de prueba válido y suficiente que determine la existencia de peligro de violación de los derechos colectivos invocados en la demanda o la inminencia para producirse.

Al respecto, según lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 se tiene que: *"la carga de la prueba corresponderá al demandante"*, aunque bien puede el juez impartir órdenes para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pero, no está autorizado para decretar medidas cautelares sin el necesario y suficiente material probatorio, sin perjuicio de que en

el curso del proceso posteriormente pueda adoptar órdenes en tal sentido en desarrollo de la etapa probatoria del mismo.

Por lo tanto, no es procedente la medida cautelar solicitada, en primer lugar, por la ausencia y precariedad de la prueba y, en segundo término, porque debe respetarse y garantizarse de modo efectivo el principio y derecho constitucional del debido proceso, y de la debida fundamentación de las decisiones que debe adoptar en cada caso el juez<sup>1</sup>, sin que los procesos de acción popular sean la excepción, que toda providencia que deba proferir el juez debe contar con el necesario y suficiente respaldo tanto normativo jurídico como probatorio; pues, es perfectamente claro que sus decisiones deben tener el necesario soporte en el ordenamiento jurídico y, obviamente, en la realidad probatoria que aparezca acreditada en el expediente, sin que le sea posible desconocer los derechos de las partes comprometidas en el proceso, ni desbordar tampoco los límites de su competencia funcional.

En ese contexto, la adopción de medidas cautelares, como lo son las solicitadas en este proceso con el escrito de la demanda, deben estar respaldadas con unos elementos de prueba suficientes que le permitan al juez tener elementos de juicio razonables, ya desde ese primer momento procesal, conocimiento acerca de la violación o amenaza de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción.

El anterior aserto encuentra debido respaldo en el criterio fijado por la jurisprudencia contenciosa administrativa acerca del contenido de las medidas cautelares de orden judicial, y los presupuestos que se requieren para ser proferidas. En esa dirección, entre muchos otros pronunciamientos, resulta de especial ilustración lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 3 de marzo de 2010:

---

<sup>1</sup> Artículos 2 y 230 de la Constitución Política, y artículos 1, 9 y 55 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

*"En consecuencia, según la forma en la cual se encuentra configurado el sistema para la procedencia y el decreto de medidas cautelares en el ordenamiento legal vigente, puede llegarse a la conclusión, como principio general, que **la sola presentación de la demanda, la sola solicitud de medidas cautelares o la sola constitución de la caución -la cual en algunos casos puede ser insuficiente para cubrir los perjuicios que se llegaren a causar al demandado con la medida- no resultan suficientes para acceder a su decreto, teniendo en cuenta que, en atención a la constante tensión que existe entre el derecho del demandante a hacer efectiva la decisión judicial que se llegare a proferir, frente a los derechos procesales y sustanciales del demandado, se impone la necesidad de contar con criterios objetivos y tangibles superiores a la simple enunciación de pretensiones que conduzcan a la conclusión de que la admisión de las medidas cautelares resulta necesaria y proporcional.**"<sup>2</sup>*  
(negrillas adicionales).

Bajo esa directriz jurisprudencial se tiene que, en cada caso objeto de juzgamiento, debe el juez realizar una ponderación, a través de la cual se pueda definir, de manera racional y razonable, seria y responsable, acerca de la necesidad del decreto de determinada medida cautelar con el fin de garantizar, en sus justas proporciones, el equilibrio entre el derecho del demandante a alcanzar una tutela judicial efectiva y la menor afectación a los derechos sustanciales y procesales del demandado<sup>3</sup>, cuya aplicación en el presente asunto conduce a la conclusión que, para ese momento procesal, no es viable decretar las medidas cautelares solicitadas por el demandante.

Así las cosas, como quiera que al expediente no fue aportado ningún medio de prueba válido, idóneo y suficiente acerca de la determinación del peligro o riesgo de vulneración de los derechos colectivos cuya protección se persigue en esta ocasión, o la inminencia de que éste se produzca, no es procedente decretar las medidas cautelares previas solicitadas por el actor, pues, se repite, dicha situación no está acreditada debidamente en el proceso.

<sup>2</sup> Expediente 2009-00062-01 (37.590), M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

Por otra parte, la presente acción será rechazada frente al Ministerio de Salud, toda vez que la parte actora no aportó la constancia de la reclamación ante la citada entidad, por lo tanto, no cumplió con el requisito establecido en el inciso 3º del artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

En consecuencia, **dispónese**:

**1º)** Por reunir los requisitos de forma contemplados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, **admítase** la demanda de la referencia.

**2º) Notifíquese** personalmente esta decisión al Presidente de la Empresa Industrial y Comercial-Coljuegos o a quien haga sus veces, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, haciéndole entrega de copia de la demanda y de sus anexos.

**3º) Adviértasele** al funcionario demandado que dispone de un término de diez (10) días contados a partir de la notificación personal de esta providencia, para contestar la demanda y solicitar la práctica de las pruebas que pretendan hacer valer en el proceso; así mismo, **hágasele** saber que la decisión que corresponda adoptar en este asunto será proferida en los términos que establece la Ley 472 de 1998.

**4º)** Para los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley 472 de 1998, **notifíquese** esta providencia a la Defensoría del Pueblo, y **remítase** a esa entidad copia de la demanda y del auto admisorio de la misma para el registro de que trata el artículo 80 de dicha disposición legal.

**5º) Deniégase** la medida cautelar solicitada con la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**6º) Recházase** la demanda frente al Ministerio de Salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**7º)** A costa de la parte actora, **infórmese** a la comunidad en general, a través de un medio escrito masivo de comunicación de amplia circulación o en una radioemisora de amplia difusión dentro del territorio Nacional, lo siguiente:

*"Que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, expediente A.P. 25000-23-41-000-2015-00269-00, adelanta una acción popular como consecuencia de la demanda presentada por el señor José Alfredo Salamanca Avila, contra Coljuegos, por la presunta vulneración de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, los que estima vulnerados, con ocasión de la autorización dada al concesionario del contrato no. 887 de 2011, suscrito entre Coljuegos y Gtech S.A.S".*

Prueba de la anterior comunicación deberá ser allegada al expediente en el término de tres (3) días.

**8º) Notifíquese** al agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con lo previsto en los artículos 21 y 43 de la Ley 472 de 1998.

**9º) Comuníquese** la admisión de la demanda a la Contraloría General de la República para los fines indicados en el inciso final del artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

**10º)** Ejecutoriado este proveído y cumplido lo anterior, **regrese** el expediente al Despacho para continuar con el trámite correspondiente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**  
Magistrado



SEÑORES

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA (REPARTO)

E. S. D.

Concedida de Recepción de demandas por reparto  
 FOLIOS DE LA ACCIÓN 54  
 FOLIOS ANEXOS DE LA DEMANDA 106  
 NUMERO DE TRASLADOS 1  
 FOLIOS TRASLADOS 214  
 FOLIOS ANEXOS A LOS TRASLADOS 214  
 CON SUSPENSIÓN PROVISIONAL NO  FOLIOS 214  
 FIRMA DE QUIEN RECIBE [Firma]  
 FECHA 02 FEB. 2016

Ref. ACCIÓN POPULAR CON SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL.

De conformidad al artículo 162 del Código Contencioso Administrativo, instauo demanda así:

**1. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES.**

**1.1 DEL DEMANDANTE.**

JOSE ALFREDO SALAMANCA AVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 7171233 de Tunja.

**1.2. DE LOS DEMANDADOS**

Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS, entidad representada por su Presidente.

Ministerio de Salud, entidad representada legalmente por el señor Ministro, la que ejerce autoridad de tutela de Coljuegos.

**2. PRETENSIONES.**

En consideración a los fundamentos de hecho y derecho esgrimidos en esta acción popular, me permito formular las siguientes pretensiones:

**PRIMERA:** Se declare la responsabilidad del demandado respecto de la amenaza o violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, patrimonio público, con ocasión de la autorización dada al concesionario del contrato No. 887 de 2011, suscrito entre Coljuegos y Gtech S.A.S.

**SEGUNDA:** Que se ampare los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público, con base en las consideraciones efectuadas en esta acción, y en lo que se pruebe en el proceso.

**TERCERA:** Que se imparta la orden a los demandados para que cesen la autorización proferida al concesionario del contrato de concesión de Baloto, a seguir efectuando la venta y promoción del juego Revancha, o cualquier otro juego de suerte y azar, o promocional que beneficie la ecuación económica del respectivo contratista por fuera de los límites conferidos en la ley y los respectivos actos precontractuales.



**CUARTA:** Se conforme el comité de verificación.

De manera subsidiaria a las anteriores, me permito solicitar la siguiente pretensión:

**PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:** Se decrete la ilegalidad de la autorización de la promoción y explotación del juego de Revancha en cumplimiento del contrato de concesión de la explotación del juego del Baloto.

### 3. HECHOS.

- 3.1. La Empresa para la Salud, Etesa en liquidación, sometió a subasta o licitación pública la explotación del juego en línea – Baloto, sistematizado en línea y tiempo real.
- 3.2. El Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar Etesa expidió el Acuerdo No. 54 de octubre de 2010, por medio del cual *“se expide el reglamento del juego de suerte y azar de la modalidad de novedoso del tipo loto en línea 1 x 45”*.
- 3.3. Etesa en liquidación, expidió la Resolución No. 151 del 14 de febrero de 2011, por medio de la cual ordenó la apertura del proceso licitatorio 01 de 2011 con el objeto de seleccionar al concesionario que *“por su cuenta y riesgo se encargue por un término de cinco (5) años improrrogables de la explotación del juego suerte y azar, modalidad novedoso, denominado LOTO EN LINEA - BALOTO, cuya operación cubrirá todo el territorio nacional. La concesión se formalizará con la suscripción de un contrato estatal de concesión en los términos fijados en la Ley 643 de 2001, la ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, sus decretos reglamentarios y la Ley 1393 de 2010, sujetándose en cuanto a las reglas del juego al Acuerdo 054 de 2010 proferido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar”*.
- 3.4. Etesa en liquidación, expidió la Resolución No. 731 de 2011, por medio de la cual adjudicó a la empresa Gtech S.A.S., la explotación del juego en línea –Baloto, *“la concesión de la explotación y operación en todo el territorial nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LINEA – BALOTO, que hace ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO, parte esta última que se obliga a operar dicho juego por su propia cuenta y riesgo, pagando como contraprestación los derechos de explotación y gastos de administración a que hace referencia la Ley 643 de 2011, modificada por la Ley 1393 de 2010”*.
- 3.5. Con ocasión de la expedición de la resolución referida en el numeral anterior, se suscribe entre Etesa en liquidación y Gtech S.A.S., el contrato de concesión No. 887 de 2011, con el fin de concesionario la

explotación del juego de suerte y azar tipo novedoso, sistematizado, en línea y tiempo real denominado loto en línea – baloto.

- 3.6. En la cláusula primera del contrato referido, se determinó el objeto del contrato de concesión del loto en línea – baloto.
- 3.7. En el artículo cuarto del contrato en mención, se determina como forma de pago por la concesión unos derechos de explotación y gastos de administración, los cuales se determinarían por los ingresos brutos del juego (32%).
- 3.8. El concesionario Gtech S.A.S., solicitó a Coljuegos la implementación de una estrategia comercial denominada “REVANCHA”, la que fuera decidida de manera favorable por Coljuegos en oficio No. 2012000024081 y 11494541 de 2012.
- 3.9. Con ocasión de los oficios anteriormente referidos, Coljuegos y Gtech S.A.S., suscribieron acta de inicio de venta y sorteo adicional revancha, el cual desarrollaremos posteriormente, aplicables desde el 18 de octubre de 2012.

#### **4. ASPECTOS PRELIMINARES.**

##### **4.1. DEL PROBLEMA JURIDICO.**

Al momento de analizar el fundamento jurídico de la acción popular el operador judicial deberá determinar algunos aspectos de fondo que surgen de los hechos a estudiar en el presente caso: i) la posibilidad de adicionar un nuevo juego a través de la modificación del objeto de un contrato vigente, ii) la presunta evasión del pago de los derechos de juego novedoso asignado con la modificación contractual, aparentemente irregular.

Comoquiera que son dos los aspectos relevantes a determinar en esta acción, debemos hacer referencia a algunas consideraciones preliminares sobre algunos aspectos en que se sustentará el juicio de valor de fondo, donde se determinan los aspectos jurídicos sobre los cuales se llega a la conclusión de la presunta irregularidad de los actos de modificación del contrato de concesión contenido en el contrato 887 de 2011, los que desarrollare así:

##### **4.2. PROCEDENCIA DE ACCIÓN POPULAR POR ACTUACIONES CONTRACTUALES Y SU CONEXIDAD CON LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIO PÚBLICO.**

Un aspecto esencial y fundamental en los límites legales de procedibilidad de la presente acción judicial es el de determinar los aspectos jurisprudenciales que ha sentado la Corte Constitucional y el



Consejo de Estado respecto de la procedencia de la acción popular por aspectos contractuales.

El organismo de cierre de la jurisdicción Constitucional al efectuar el estudio de un acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 40 y 55 de la Ley 472 (incentivos y oportunidad para la conformación del grupo), afirmó que son guía de la contratación pública los principios de la proclamación de un orden justo y aquellos axiológicos del Estado Social de Derecho los cuales deben guiar la contratación pública, en clara prevalencia del interés general, los que están obligadas a preservar las entidades públicas<sup>1</sup>, y aclara que si bien es cierto que las diferencias contractuales tienen un régimen legal propio, el legislador en vigencia del principio de protección de los recursos presupuestales de la Nación, puede determinar procedimientos para velar por la intangibilidad de los recursos públicos, asegurando así la eficacia en la defensa del interés colectivo<sup>2</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha manifestado la procedencia de la acción popular en materia contractual cuando se trate de irregularidades hasta el punto que en la decisión se ordena al representante legal de la respectiva entidad a responder patrimonialmente hasta la recuperación total de lo pagado en exceso<sup>3</sup>, pues a pesar que la Ley 472 de 1998 no determina expresamente este mecanismo judicial de revisión, se tiene en consideración que éste es el instrumento para la inversión de dineros públicos que de manera indudable pueden afectar derechos colectivos<sup>4</sup>.

En otra sentencia, se analizó la modificación efectuada a un contrato estatal (y donde el actor considero que tal modificación vulneraba las normas de fundamento), manifestó que es posible su estudio en la acción popular en conexidad con el interés colectivo de la defensa a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en consideración que el comportamiento de los servidores públicos debe estar ceñido a los parámetros éticamente aceptados, donde el actuar debe estar sujeto a los intereses de la comunidad, principios y valores de transparencia que limitan su actuar, donde la moralidad se relaciona con la exigencia de un comportamiento ético de dirección, ejercicio y gestión de la cosa pública, así pues solo será procedente cuando se demuestre la afectación de derechos e intereses colectivos<sup>5</sup>.

Es por ello que la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección de los intereses colectivos, por lo que todas las actividades públicas están sometidas a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción

<sup>1</sup> C - 088 de 2000. M.p. FABIO MORON DIAZ.

<sup>2</sup> Ibidem 1.

<sup>3</sup> Consejo de Estado - Sección Quinta. Rad. 2002 - 819. Sentencia del 24 de junio de 2004.

<sup>4</sup> Consejo de Estado - Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002.AP-518.

<sup>5</sup> Consejo de Estado - Sección Quinta. Rad. AP - 1186. Sentencia del 10 de julio de 2003.





popular, pues el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público enmarcan el principio de moralidad administrativa<sup>6</sup>.

Por su parte, el manejo de recursos públicos que conforman el patrimonio público está determinado como un interés colectivo que debe ser regulado por lo que toda actividad pública debe estar sometida a control, y si es de tal magnitud que afecte los derechos colectivos, por lo que deben ser administrados de manera eficiente y responsable<sup>7</sup>.

En el ámbito legal colombiano, la moralidad administrativa es a la vez tanto un principio de la función administrativa, consagrado desde la misma Carta<sup>8</sup>, como un derecho colectivo susceptible de protección mediante la acción popular<sup>9</sup>. Estos dos aspectos resultan plenamente compatibles y puede afirmarse que la moralidad administrativa, como uno de los principios que ha de orientar la actividad de la administración, resulta de tal trascendencia en el contexto del Estado Social de Derecho, que su inobservancia implica la trasgresión de un derecho colectivo, ante lo cual se abre la posibilidad de acudir al mecanismo judicial instituido para tal efecto. La moralidad administrativa es un concepto jurídico indeterminado, - en algunos fallos se ha dicho que es una "norma en blanco" - lo que dificulta su aplicación en un sistema jurídico que, tradicionalmente sea inclinado a entender que el texto sacramental de la ley lo ha de regular todo y la labor del juez se circunscribe exclusivamente a su aplicación silogística<sup>10</sup>.

Es por ello que no existe ninguna fórmula de medición para su análisis, por lo que se debe analizar cada caso para sopesar la vulneración de éste derecho colectivo, el de la moralidad, el que debe estar en conexidad con otros principios legales y constitucionales, y probarse una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad<sup>11</sup>, por lo que se puede llegar a vincular la vulneración de la moralidad administrativa con la desviación de poder donde la actuación pública obedece a finalidades de carácter particular con el objeto de favorecer intereses propios o de un tercero con claro desconocimiento de los principios de la administración<sup>12</sup>, para lo cual debe contrastarse la actuación con la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguirse, concluyendo en la existencia de la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de fundamento legal<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sección Cuarta - sentencia del 31 de mayo de 2002, expediente AP-300. En el mismo sentido, sentencia del 31 de octubre de 2002, expediente AP-518 de la Sección Tercera del Consejo de Estado

<sup>7</sup> Artículo 209 de la Carta Política, replicado en el artículo 3º de la Ley 489 de 1998.

<sup>8</sup> Consejo de Estado – Sección Quinta - sentencia del 24 de junio de 2004.

<sup>9</sup> Literal B, artículo 4º.

<sup>10</sup> González Rey Sergio, La Acción Popular: Mecanismo judicial para la protección de la moralidad Administrativa en el Derecho Colombiano, Profesor Investigador de la Universidad Externado de Colombia. <http://info.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa1/12s.pdf>

<sup>11</sup> Consejo de Estado – sentencia del 06 de septiembre de 2001.

<sup>12</sup> Consejo de Estado – sentencia de noviembre de 2004.

<sup>13</sup> Consejo de Estado – sentencia del 02 de junio de 2005.



Para determinar la existencia de la vulneración de la moralidad administrativa en materia contractual debe analizarse los fines que debe cumplirse con la actuación efectuada, el análisis de la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza que en materia contractual se traduce en el desconocimiento de los fines en que debe inspirarse, entre ellos el interés general protegidos por la acción popular<sup>14</sup>.

Estas posiciones han tenido como referente la interpretación sistemática de los artículos 2, 9, 34 y 40 de la Ley 472 de 1998, lo que lleva a determinar que los contratos estatales pueden ser objeto de la acción popular cuando a través de ellos se amenace o vulnere un derecho colectivo, por lo que el Juez puede examinar la legalidad o validez del contrato llegando inclusive a la cesar sus efectos o declarar su nulidad en protección de los derechos colectivos<sup>15</sup>, por lo cual cualquier persona estará legitimada para su interposición, natural o jurídica, pues lo que se pretende es la protección del derecho colectivo vulnerado o amenazado.

En consecuencia, la acción popular procede con independencia de la clase de actuación administrativa conforme al artículo 2º de la Ley 472, pues su objeto es evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, las amenazas, vulneración o agravio de un derecho colectivo sin distinguir las acciones u omisiones de las autoridades y sin importar el instrumento mediante el cual éstas pueden ocasionar el agravio (actos administrativos, contratos, operaciones o hechos administrativos). Así las cosas, la actividad contractual no se encuentra excluida de la utilización de este medio de defensa judicial, máxime cuando a través de la misma deben cumplir los principios de igualdad, transparencia, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política<sup>16</sup>.

#### 4.3. ANTECEDENTE JUDICIAL RESPECTO DE ACCIÓN POPULAR CONTRA EL JUEGO DEL BALOTO.

Ya en otra oportunidad<sup>17</sup> la rama judicial - Consejo de Estado - se ocupó de estudiar por acción popular la presunta desviación de poder con que se había suscrito el contrato de concesión del baloto, comoquiera que en él se convinieron servicios que no estaban autorizados por la ley y el concesionario no había cumplido las reglas para prestar los servicios allí encomendados, por lo cual se consideraron vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y la libre competencia económica, oportunidad en la cual se manifestó:

*"... a través de la acción popular la única pretensión que puede proponerse es la de protección del derecho colectivo frente a la amenaza o vulneración de las autoridades o particulares, y es al juez a quien corresponde determinar si para efectos de proteger el derecho colectivo, se requiere declarar la nulidad total o parcial de un contrato estatal. En relación con la nulidad absoluta de contratos, el artículo 87 del C.C.A., en concordancia con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, establece que el juez*

<sup>14</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002.AP-518.

<sup>15</sup> RICARDO HOYOS DUQUE, Revista de Derecho público No. 17, mayo de 2004, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, Pág. 41 a 58.

<sup>16</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera sentencia del 08 de junio de 2011. AP 2004 – 540.

<sup>17</sup> Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2002. (exp. AP-098).



administrativo puede declararla de oficio siempre que la causal aparezca probada en el proceso y al mismo hayan concurrido las partes del contrato. La jurisprudencia de la Sala Plena y de la Sección Tercera de la Corporación coinciden en aceptar que cualquier juez administrativo y no solo el de la acción contractual, puede declarar la nulidad absoluta de contrato siempre que se reúnan los requisitos exigidos en las normas citadas.[\*] En cuanto a la nulidad relativa, dado que las causales respectivas solo miran el interés de las partes, se puede avanzar la hipótesis de que su configuración no afecta a los derechos colectivos".

Y aclaró que nada impedía que una decisión judicial para proteger un derecho o interés colectivo afectado, pudiera declarar fuera del mundo jurídico una estipulación o un contrato si estos constituyen la causa de la afectación. Contrarii sensu, si se encontraba acreditada una violación de la ley que pueda acarrear la nulidad del acto o contrato y la misma no concurre con una vulneración de la moral administrativa u otro derecho colectivo, el juez no puede declarar la nulidad referida porque excedería el límite de su competencia funcional, dado que la acción popular no tiene por objeto la nulidad de los actos o contratos sino la protección de los derechos colectivos<sup>18</sup>.

La Sección Quinta del Consejo de Estado en esa oportunidad, luego de analizar cada uno de los cargos formulados por el actor, **anuló** una estipulación del contrato (parágrafo de la cláusula novena):

**"por ser contraria a valores que tutelan la moral administrativa tales como la igualdad, libertad y seguridad jurídica, al pactar sobre objeto no comprendido en la convocatoria a la celebración del contrato, que contiene una estipulación que obliga a Ecosalud S.A. a comprar al contratista la actualización de software del Sistema y que, como tal, puede igualmente constituir una amenaza contra el patrimonio público".**

Consideró que dicha estipulación estaba afectada de la causal de desviación de poder (artículo 44. 3 de la Ley 80 de 1993) que acarrea su nulidad, dado que se encontraban reunidos los presupuestos previstos en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 87 del C.C.A., esto es, estaba probada la causal de nulidad parcial del contrato<sup>19</sup>.

#### **4.4. MARCO NORMATIVO JUEGOS DE SUERTE Y AZAR.**

##### **4.4.1. RESEÑA HISTÓRICA.**

Como reseña histórica, podemos hacer referencia al estudio detallado que al respecto efectuó la Corte Constitucional en sentencia C – 1070 de 2002, donde manifestó:

*"... 3.1. El régimen de los juegos de suerte y azar bajo la prohibición de las llamadas loterías de carteles, y después de la Constitución de 1991. Determinación de la fecha de creación de este monopolio.*

<sup>18</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002 AP - 518.

<sup>19</sup> Ibídem 13.

3.1.1. El análisis de la evolución histórica del régimen de los juegos de suerte y azar permite tener claridad acerca de las circunstancias bajo las cuales éste obtuvo reconocimiento en el ordenamiento jurídico y de las condiciones de su aplicación.

La Corte Constitucional se ha pronunciado ya sobre el particular. En efecto, en la Sentencia C-1114 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) [xviii], esta Corporación realizó un estudio histórico de la evolución normativa y jurisprudencial de las loterías y de las rifas. En esa ocasión, la Corte mostró que la prohibición a las llamadas loterías de carteles incluía todos los juegos de suerte y azar, salvo las excepciones consagradas en las leyes. Se dijo en aquella oportunidad:

Dentro de una visión evolutiva del régimen de las rifas, es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 8° de la Ley 64 de 1923 se prohibió el juego de las llamadas loterías de carteles que se había autorizado mediante la Ley 98 de 1888. Esa lotería de carteles en sus características básicas corresponde a las rifas y se diferenciaba, desde su origen, de las loterías que la propia Ley 64 de 1923 definió como consistentes en juego en billetes fraccionados con premios en dinero y de carácter permanente, cuya explotación se atribuyó explícitamente a los departamentos.

Precisamente la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 14 de noviembre de 1924, tuvo oportunidad de declarar la exequibilidad de la norma legal que prohibió el funcionamiento de las mencionadas loterías de carteles. Al respecto, siguiendo el concepto del Procurador General de la Nación que intervino en el respectivo proceso, expresó que "es indudable que el artículo 31 de la Constitución garantiza únicamente los derechos adquiridos con justo título, entendiéndose por tales los que en último término se contraen al derecho de propiedad y como al demandante no le desconoce el artículo 8° acusado este derecho sobre alguna clase de bienes susceptibles de apropiación particular, carece de base la demanda en cuando al apoyo que invoca en el artículo 31 citado. Toda la cuestión se reduce al estudio de si es honesta la ocupación o ejercicio de la industria de carteles que afirma el demandante tiene en su establecimiento en la carrera 8 # 2-37, de modo que a ella pueda estar dedicado sin que sea dable al legislador impedirsele, ya que son los oficios, ocupaciones o las industrias honestas, las únicas que la constitución permite y garantiza".

Sobre el particular expresó la Corte: "[s]on inhonestos los juegos que llevan en sí mismo el engaño o que lo favorecen; que exigen o conducen a apuestas de dinero suficientes para causar la ruina de familias, que fomentan la holgazanería y distraen el trabajo. El de loterías de carteles que prohibió el legislador de mil novecientos veintitrés, es el de suerte y azar a que se dedican algunos en busca de ganancia, sujeto a contingencias que no dependen de su habilidad o destreza, porque conduce al fomento de centros perniciosos; en manera alguna el juego como distracción social, que es admitido hasta en los hogares más severos en punto a moralidad. Fue prohibida pues, esa clase de juegos, por las funestas consecuencias que engendra a los que a él se entregan como ocupación inhonesta."

En la Ley 19 de 1932 "por la cual se dan unas autorizaciones a las asambleas departamentales y a los municipios y se dictan otras disposiciones" se dispuso que desde la sanción de esa ley "ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación ni tener ni vender billetes fraccionados ni repartir ningún premio en dinero en cualquier cantidad que sea ni podrá ser de carácter permanente" (Art. 3) y se asignó a los gobernadores la competencia de velar por el estricto cumplimiento de dicha disposición pudiendo imponer a los infractores multas iguales al valor total de dichas rifas previendo que el producto de tales multas ingresaría al fondo especial de la beneficencia del respectivo departamento.

La Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 24 de junio 1970 con ponencia del Magistrado Hernán Toro Agudelo, se pronunció sobre el citado artículo 3 de la Ley 19 de 1932 y consideró que: "(...) aún respecto a actividades esencialmente productivas puede el Estado señalar los campos precisos, restringiendo la libertad original de empresa y de iniciativa. Y más aún respecto a las que, como el juego, no son productivas en el sentido económico del término, pero que sí inciden en la aplicación o uso de los ingresos, por ejemplo sueldos y salarios, y por ende en los consumos objeto todos ellos de la protección y dirección del Estado conforme al artículo 32." "De la

consideraciones que preceden pueden concluirse que las restricciones impuestas a las rifas por el artículo 3 de la Ley 19 de 1932, especialmente las que impiden el carácter regular o permanente de las mismas, encuentran claro apoyo en los artículos 32 y 39 de la Constitución, tanto como en el artículo 31 que fundamenta también las prohibiciones de premios en dinero y la utilización de billetes fraccionables." "Debe concluirse, de lo expuesto, que el artículo 3 de la ley 19 de 1932, en lo que es objeto de la demanda o sea en las restricciones que impone en cuanto a las rifas, especialmente las prohibiciones de ofrecer premios en dinero, usar billetes fraccionables, y tener carácter permanente no sólo se ajusta precisamente a las normas constitucionales que se dicen infringidas sino que, además no quebranta otros preceptos de igual categoría."

3.1.2. Los juegos de suerte y azar, que habían sido prohibidos por la Ley 64 de 1923 y por la interpretación que de ella se hizo en la Sentencia de 14 de noviembre de 1924 de la Corte Suprema de Justicia, se convirtieron en una actividad lícita con la expedición de la Ley 10 de 1990. En efecto, su artículo 42 estableció "como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes"[xix].

Posteriormente, este monopolio encontró reconocimiento en el inciso 4° del artículo 336 de la Constitución de 1991, en el cual se señaló que "[l]as rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud".

3.1.3. Lo anterior muestra que hasta 1990, los juegos de suerte y azar constituían, salvo las excepciones establecidas en las normas, una actividad ilícita. A partir de la expedición de la Ley 10 de 1990, dichos juegos obtuvieron reconocimiento jurídico pero fueron sujetos a un monopolio a favor del Estado...

.....  
3.2.3.2. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 dispone: "Declárese como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes".

Se observa que el monopolio fue declarado sobre "todas las modalidades" de esta clase de actividades. La norma analizada utiliza así, un lenguaje notoriamente amplio e inclusivo, que abarca el juego de "esferódromo" que corresponde a una de esas "modalidades existentes". La Corte considera que son de suerte y azar aquellas modalidades de juegos en los que la mera casualidad es uno de los factores determinantes—sin perjuicio de que puedan tener incidencias otros, como la habilidad o el experticio— para la obtención de los resultados que se persiguen con cada una de las actividades que obedecen a esta categoría.

3.2.3.3. Además, es claro que el propósito del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, al igual que el de artículo 285 de la Ley 100 de 1993 que lo modificó, era el de garantizar una fuente de recursos para el sector de la salud mediante un monopolio que cubriera todas las modalidades de juegos de suerte y azar. De esta manera, si se interpretase la norma en el sentido de que no son juegos de suerte y azar aquéllos que bajo las normas anteriores a la expedición de la Ley 10 de 1990 habían sido denominados con otra nomenclatura, la norma perdería prácticamente su razón de ser. En efecto, buena parte de las actividades de las que se compone el monopolio de suerte y azar en la actualidad son aquellos juegos que en la normatividad anterior a la expedición de la Ley 10 de 1990, estaban clasificados con un nombre diferente[xxiii]. Tal es el caso del juego de "esferódromo", que había sido clasificado como juego "de suerte y habilidad", a pesar de que el elemento aleatorio es claramente predominante en la configuración del resultado que se persigue.

De esta manera, es claro que la afectación del interés privado que se menciona en el fragmento recién citado, es del quienes ejercían actividades que, si bien habían sido clasificadas con nombres diferentes, correspondían a juegos de suerte y azar, y que por lo tanto habían sido incorporadas al monopolio recién creado. El juego de "esferódromo" es una de esas actividades.

3.2.3.4. En conclusión, la Corte encuentra que el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 incorporó en el monopolio de juegos de suerte y azar todas aquellas actividades en las que quien participa busca ganar un premio en dinero o especie de acuerdo al resultado obtenido según factores que escapan al control de las personas y que se rigen principalmente por la mera casualidad, dentro de los cuales se encuentra el juego de "esferódromo".

El subdirector de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público advierte, en respuesta a la solicitud de pruebas enviada por esta Corporación, que este criterio se encuentra contenido en el artículo 5° de la Ley 643 de 2001, en los siguientes términos: "Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad. Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio a quien acierte un bien o servicio.

Así pues, este artículo contiene los elementos que el legislador considera propios de los juegos de suerte y azar, a saber, que haya unas reglas predeterminadas por la ley y el reglamento; que haya una persona que actúa en calidad de jugador; que esta persona realice una apuesta o pague por el derecho a participar; que esta apuesta o pago sea recibida por otra, quien actúa en calidad de operador; que la persona que apuesta tenga la posibilidad de ganar o acertar, no siendo este resultado previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad; que, en tal circunstancia, el operador le ofrezca a cambio un premio, en dinero o en especie. Para el legislador, los juegos en los cuales se participa sin pagar y en los que se ofrece algún premio, también son de suerte y azar.

3.2.4.5. Así, el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 define los juegos de suerte y azar como actividades en las cuales quienes participan buscan obtener un premio en caso de que consigan un resultado determinado que no es "previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad". En otras palabras, la definición del artículo 5° se fundamenta en aquello que no depende en forma principal de los comportamientos o de la habilidad de las personas.

3.2.5.3. En segundo lugar, la ley no prohíbe que los particulares realicen actividades propias del monopolio de suerte y azar sino que exige que lo hagan de acuerdo con los parámetros fijados en la ley propia del monopolio. Así lo puso de presente esta Corporación cuando analizó el diferente significado que tiene el concepto de monopolio desde la óptica económica y desde la jurídica: "Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio[xxviii]; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (CP art. 336), en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones [xxviii]"[xxix]...".

De esta suerte, tenemos que el actual régimen del monopolio de los juegos de suerte y azar hace referencia a los parámetros constitucionales y el desarrollo legal efectuado mediante la Ley 643 de 2001.

#### **4.4.2. RÉGIMEN ACTUAL.**

Dentro de las normas sustanciales que regulan los aspectos atinentes a los juegos de suerte y azar, podemos resaltar en su orden jerárquico las siguientes:

## CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Al respecto la Carta Política determina:

**ARTÍCULO 336.** *Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.*

*La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.*

*La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.*

***Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud...***

Especialmente la norma referida determinó que los juegos de suerte y azar son monopolios rentísticos de la nación, donde las rentas que esta actividad genera serán destinadas exclusivamente al servicio de la salud.

Especialmente se determina que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen legal propio que será fijado por iniciativa gubernamental.

- Ley 643 de 2001.

En seguimiento de la orden constitucional ya analizada, el legislador se ocupó de regular los aspectos sustanciales y de procedimiento del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, normatividad de la cual podemos resaltar los siguientes artículos:

*Artículo 1°. Definición. El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación.*

*Artículo 2°. Titularidad. Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación.*

*El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.*

*Parágrafo. Los distritos especiales se regirán en materia de juegos de suerte y azar por las normas previstas para los municipios y tendrán los mismos derechos. (Nota: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.).*

Artículo 3°. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

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...

Artículo 5°. Definición de juegos de suerte y azar. Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad.

Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar.

Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competiciones de puro pasatiempo o recreo; también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, **los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades.** (Nota: La Sentencia C-169 de 2004 declaró exequible el aparte resaltado y subrayado. Las expresiones señaladas con negrilla en este artículo fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de 2004, Providencia confirmada por la Sentencia C-177 de 2004.)

En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario.

Los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza se rigen por las normas que les son propias y por las policivas pertinentes. Las apuestas que se crucen respecto de los mismos se someten a las disposiciones de esta ley y de sus reglamentos.

Parágrafo. El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador del juego es de adhesión, de naturaleza aleatoria, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto.



Para las apuestas permanentes los documentos de juego deberán ser presentados al operador para su cobro, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del sorteo: si no son cancelados, dan lugar a acción judicial mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil. El documento de juego tiene una caducidad judicial de seis (6) meses.

**Artículo 7°. Operación mediante terceros.** 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. **(Nota: La expresión señalada con negrilla en este inciso fue declarada exequible por la Corte Constitucional en las Sentencias C-1191 de 2001 y C-031 de 2003, en relación con los cargos analizados en las mismas.)**

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.** **(Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este inciso fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.)**

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.

**Nota 1, artículo 7°: Este artículo fue reglamentado por el Decreto 2483 de 2003.**

**Nota 2, artículo 7°: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.**

**Artículo 60. Exclusividad y prevalencia del régimen propio.** Las disposiciones del régimen propio que contiene esta ley regulan general e integralmente la actividad monopolística y tienen prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes, sin perjuicio de la aplicación del régimen tributario vigente.

Los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley deberán ajustarse en lo dispuesto en la misma, sin modificar el plazo inicialmente contratado. Al finalizar el plazo de ejecución, el nuevo operador se seleccionará acorde con lo preceptuado en el artículo 22.

Los juegos localizados autorizados que se encuentran funcionando no requerirán del concepto previo favorable del alcalde para continuar operando.

Sin embargo, deberán ajustarse a lo dispuesto por esta ley, sin modificar el plazo inicialmente contratado. Al finalizar el plazo de ejecución, el nuevo operador se seleccionará acorde con lo preceptuado en el artículo 33.

La legislación referida dispone la forma en que se explotará, organizará, administrará, operará, controlará y demás actividades de vigilancia sobre todas las modalidades de juego de suerte y azar, recordando en varias disposiciones que los recursos generados por tal actividad serán destinados al sector salud de las entidades territoriales.

Igualmente, conceptúa la tercerización en la explotación de los juegos de suerte y azar, determinando que este proceso de contratación debe surtir conforme a los parámetros de la Ley 80 de 1993, y celebrado entre el particular (concesionario) y la entidad territoriales (concedentes). Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia C - 1191 de 2001, manifestó:

"... 53- La Corte considera que bien puede el Legislador recurrir a distintas modalidades de desarrollo de estos monopolios rentísticos, pues la Carta confiere al Congreso una amplia libertad de configuración en este campo, tal y como esta Corte lo ha destacado en recientes decisiones. Así, la sentencia |C-110|8, MP Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló que "en la medida en que es la

propia ley la que establece el monopolio, el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para el efecto, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad". Y, por su parte, la sentencia [C-111]4, MP Álvaro Tafur Galvis, destacó esa amplia libertad de configuración del Legislador en los siguientes términos:

Bien habría podido el legislador, como lo ha hecho de tiempo atrás con otros juegos de suerte y azar, atribuir la gestión de las rifas a organismos estatales; no obstante ha señalado que sin perjuicio de la titularidad de la renta en cabeza de entidades públicas (entidades territoriales y una entidad nacional) la gestión de las rifas se efectúe siempre a través de terceros (particulares) en virtud de autorización de los organismos titulares. Es decir que los particulares si pueden gestionar las rifas, pero en las condiciones que señale la ley, que lo será la de régimen propio de los juegos de suerte y azar conforme al inciso 3 del artículo 336 de la Constitución Política. No sobra reiterar al respecto que la gestión y explotación de dichos juegos no se ubica dentro del ámbito de la libertad económica y la iniciativa privada (Cfr. Sentencia C-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y que de todos modos, antes y después de la Ley 643 de 2001, la gestión de las rifas por los particulares ha estado sujeta al otorgamiento de autorizaciones que en su esencia son temporales, por parte de las autoridades competentes".

(...)

En efecto, como ya se precisó en esta sentencia, las entidades territoriales tienen derecho a disfrutar las rentas obtenidas por la explotación de los monopolios de suerte y azar, pero esas entidades tienen que ajustarse a los lineamientos del legislador por cuanto estableció el régimen propio de los monopolios y, en particular, deberán destinarlas a los servicios de salud de conformidad con las orientaciones establecidas en la ley. Pues bien, aun cuando la ley establece algunas restricciones, que en principio parecerían limitar la autonomía, lo cierto es que éstas tan solo constituyen parámetros generales que aseguran la utilización efectiva de los recursos, pero dejan en manos de las entidades la posibilidad de acudir a diferentes esquemas de contratación, que armonizan con el resto del ordenamiento, especialmente con la ley 80 de 1993. De cualquier manera, cuando la ley refiere que deberá contratarse directamente con ciertas entidades, no significa que puedan excluirse los principios de transparencia, economía y selección objetiva, ni desatenderse los principios orientadores de la función administrativa (CP art. 209)..."

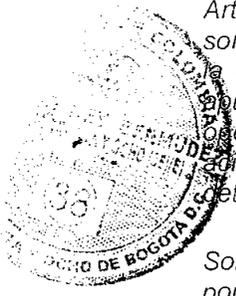
Este marco normativo tiene por limitante, tal como disponen las normas transcritas, la posibilidad de que un tercero privado explote un juego de suerte y azar, después de ser adjudicado el respectivo contrato de concesión, siempre bajo la existencia de un juego a adjudicar determinado, en los respectivos términos de referencia.

Tal como veremos en esta acción, en el caso sub examine tenemos que el demandado, Coljuegos, asignó la explotación del juego de lotto en línea denominado baloto para su explotación en el contrato de concesión No. 887 de 2011, a pesar de lo cual lo adicionó con otro juego de suerte y azar, que no fuera integrado en la respectiva licitación pública, adicionando así dos juegos de suerte y azar bajo la entrega de una licitación, con el presunto detrimento a los ingresos de la salud de las entidades territoriales.

#### **4.5. CARACTERÍSTICAS DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – LOTO EN LÍNEA.**

##### **4.5.1. ASPECTOS LEGALES.**

Respecto de las características de los juegos de suerte y azar, el artículo 5º de la Ley 643 de 2001, dispone:



Artículo 5º. Definición de juegos de suerte y azar. Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad.

Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar.

**Inciso 3º modificado por el Decreto 130 de 2010, artículo 20. (éste declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2010.). Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, las competencias de puro pasatiempo o recreo, los sorteos promocionales que realicen para impulsar sus ventas los comerciantes, industriales o los operadores de juegos de suerte y azar, los sorteos de las beneficencias departamentales para desarrollar su objeto y los sorteos que efectúen directamente las sociedades de capitalización. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar establecerá las condiciones de operación, periodicidad, autorizaciones y garantías, de estos sorteos excluidos, a efectos de controlar su incidencia en la eficiencia y las rentas del monopolio.**

Texto inicial del inciso 3º: "Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competencias de puro pasatiempo o recreo; también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades." (Nota: La Sentencia C-169 de 2004 declaró executable el aparte resaltado y subrayado. Las expresiones señaladas con negrilla en este artículo fueron declaradas executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de 2004, Providencia confirmada por la Sentencia C-177 de 2004.).

En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario.

Los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza se rigen por las normas que les son propias y por las policivas pertinentes. Las apuestas que se crucen respecto de los mismos se someten a las disposiciones de esta ley y de sus reglamentos.

Parágrafo. El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador del juego es de adhesión, de naturaleza aleatoria, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto.

Para las apuestas permanentes los documentos de juego deberán ser presentados al operador para su cobro, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del sorteo; si no son cancelados, dan lugar a acción judicial mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil. El documento de juego tiene una caducidad judicial de seis (6) meses.

**Nota, artículo 5º: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.**

**Parágrafo 2º. Adicionado por el Decreto 130 de 2010, artículo 20. (éste declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2010.). Sin perjuicio del pago de los derechos que deben hacerse y de las acciones de policía que pueden ejercer las autoridades competentes, la realización de sorteos sin cumplir con las condiciones y términos que establezca la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar, será considerada una práctica indebida y prohibida y dará lugar a sanción a las personas naturales y jurídicas, y a sus directivos y representantes legales, que incurran en esa práctica, equivalente a multa hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, consignados a favor del Fondo Anticorrupción del sector salud. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la vigilancia sobre esta medida, el adelantamiento del procedimiento administrativo sancionatorio y la imposición de la multa correspondiente.**

En consecuencia, podemos determinar cómo elementos propios de los juegos de suerte y azar:

- Existencia de reglas predeterminadas por la ley o reglamento.
- Una persona que actúa en calidad de jugador, quien realiza una apuesta o paga por el derecho a participar.
- Un operador, encargado de recibir el pago de la apuesta.
- El pago sea recibido por el operador.
- El operador ofrezca a cambio del pago un premio en dinero o especie.
- El apostador tenga la posibilidad de ganar.
- El resultado no es previsible.

Debemos aclarar que también es válida la existencia de juegos de suerte y azar que existen, aún sin que el jugador efectúe pago por participar, siempre y cuando en ellos se ofrezca algún premio, caso especial de los juegos promocionales típico de los establecimiento públicos, centro comerciales, donde efectúan rifas de bienes muebles e inmuebles sin que para ello sea necesario la compra de un billete sino la compra de productos por un determinado valor, sin que por ello se desdibuje el juego de suerte y azar.

A nivel reglamentario, tenemos que el ejecutivo promulgó el Decreto 2121 de 2004, por medio del cual reglamentó el artículo 38 de la Ley 643 de 2001, es decir, los juegos novedosos, y al efecto manifestó:

*Artículo 1º. Ámbito de aplicación. Las disposiciones del presente decreto se aplican a los juegos novedosos de que trata el artículo 38 de la Ley 643 de 2001, operados a través de terceros.*

*Artículo 2º. Operación a través de terceros. La operación de los juegos novedosos a través de terceros, es aquella que se realiza por personas jurídicas, mediante contratos de concesión celebrados con ellas por la Empresa Territorial para la Salud ETESA, en los términos definidos por la Ley de Régimen Propio de los Juegos de Suerte y Azar, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas reglamentarias de dichos ordenamientos o las disposiciones que las modifiquen o sustituyan.*

Este articulado si bien no estableció las características del juego del loto en línea, sí determinó expresamente que este juego debe ser operado por terceros luego de la firma del respectivo contrato de concesión en los

términos de la ley de juegos, el régimen legal de la contratación pública, normas reglamentarias y modificatorias.

Coljuegos, entidad demandada en esta oportunidad, respecto de la definición de loto en línea manifestó en el Acuerdo No. 54 de 2010:

*“... ARTÍCULO 5º. DESIGNACIÓN DEL JUEGO: El juego denominado LOTO EN LÍNEA consiste en que el apostador tiene la opción de escoger seis (6) números en un universo del 1 al 45 y lo marcará voluntariamente en el formulario o tarjetón de apuestas que entregará al punto de ventas del operador del juego para que éste lo procese a través del terminal en línea y tiempo real. La selección del jugador puede realizarse marcando el operador o agente los números escogidos directamente en el teclado numérico del terminal, o pueden también escoger la opción jugada automática, donde el Sistema Central, a través de la terminal producirá una jugada de números de forma aleatoria. Una vez concluido este proceso, el terminal produce el boleto o ticket del juego denominado LOTE EN LÍNEA que evidencia la jugada y la fecha del sorteo para el cual se ha efectuado la jugada, que será el título documentario con el cual se podrán cobrar los premios.*

*PARÁGRAFO. Para todos los efectos del juego denominada LOTO EN LÍNEA, se considerará que existe una apuesta válida, una vez la apuesta escogida por el apostador haya sido diligenciada al través del terminal, registrada y almacenada en el Sistema Central y la terminal haya expedido el boleto o ticket correspondiente donde conste la apuesta.*

*ARTÍCULO 6º. CARACTERÍSTICAS DEL JUEGO. El juego de suerte y azar denominada LOTO EN LÍNEA tendrá las siguientes características:*

- 1. Operación en línea.*
- 2. En tiempo real.*
- 3. Paramutual.*
- 4. Plan de premios previamente definido.*
- 5. Aplicación de tecnología de punta y sistemas avanzados de informática y comunicaciones.*
- 6. Depende de un solo sorteo propio para todas las apuestas, que será transmitido por un canal de televisión de cobertura nacional.”.*

De manera general esta última reglamentación, de menor grado, determinó algunas de las características del loto en línea, dentro del marco de las generales ya analizadas, con la especificidad de la aplicación de características propias de los juegos en línea y tiempo real.

#### **4.5.2. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES.**

Uno de los aspectos transversales en este estudio se surte en la determinación del juego La Revancha, como un juego autónomo, independiente, generador de recursos para la Salud de las entidades territoriales, para lo cual es del caso señalar aquellos aspectos jurisprudenciales que se han determinado como características generales de los juegos de suerte y azar, lo que sin duda nos llevará a la conclusión que éste es un juego independiente sujeto de licitación autónoma, y generador de cuantiosos recursos para la salud.

Al efecto, la Corte Constitucional, en lo pertinente, en sentencia C – 1070 de 2002, manifestó:

"... La Corte considera que son de suerte y azar aquellas modalidades de juegos en los que la mera casualidad es uno de los factores determinantes—sin perjuicio de que puedan tener incidencias otros, como la habilidad o el experticio— para la obtención de los resultados que se persiguen con cada una de las actividades que obedecen a esta categoría.

(...)

En efecto, buena parte de las actividades de las que se compone el monopolio de suerte y azar en la actualidad son aquellos juegos que en la normatividad anterior a la expedición de la Ley 10 de 1990, estaban clasificados con un nombre diferente [xxiii]. Tal es el caso del juego de "esferódromo", que había sido clasificado como juego "de suerte y habilidad", a pesar de que el elemento aleatorio es claramente predominante en la configuración del resultado que se persigue.

(...)

3.2.3.4. En conclusión, la Corte encuentra que el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 incorporó en el monopolio de juegos de suerte y azar todas aquellas actividades en las que quien participa busca ganar un premio en dinero o especie de acuerdo el resultado obtenido según factores que escapan al control de las personas y que se rigen principalmente por la mera casualidad, dentro de los cuales se encuentra el juego de "esferódromo"

(...)

El subdirector de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público advierte, en respuesta a la solicitud de pruebas enviada por esta Corporación, que este criterio se encuentra contenido en el artículo 5° de la Ley 643 de 2001, en los siguientes términos: "Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad. Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio a quien acierte un bien o servicio.

Así pues, este artículo contiene los elementos que el legislador considera propios de los juegos de suerte y azar, a saber, que haya unas reglas predeterminadas por la ley y el reglamento; que haya una persona que actúa en calidad de jugador; que esta persona realice una apuesta o pague por el derecho a participar; que esta apuesta o pago sea recibida por otra, quien actúa en calidad de operador; que la persona que apuesta tenga la posibilidad de ganar o acertar, no siendo este resultado previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad; que, en tal circunstancia, el operador le ofrezca a cambio un premio, en dinero o en especie. Para el legislador, los juegos en los cuales se participa sin pagar y en los que se ofrece algún premio, también son de suerte y azar.

3.2.4.5. Así, el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 define los juegos de suerte y azar como actividades en las cuales quienes participan buscan obtener un premio en caso de que consigan un resultado determinado que no es "previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad". En otras palabras, la definición del artículo 5° se fundamenta en aquello que no depende en forma principal de los comportamientos o de la habilidad de las personas....".

En esta decisión la Corte señaló las características propias de los juegos de suerte y azar, que los fijó así:

- La existencia de premio o ganancia.
- El premio o ganancia no deriva del control de las personas sino por la mera casualidad,

- Una persona que paga por el derecho a participar en el juego, a cambio de un premio en dinero o en especie.
- El operador o vendedor del juego.

#### 4.6. DE LAS CLASES DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR.

A manera de señalamiento general y útil para la interpretación sistemática de la Ley 643 de 2001, es del caso referir al lector todos aquellos juegos de suerte y azar que han sido regulados por el legislador, a saber:

- **Lotería tradicional.** Artículo 11. Es una modalidad de juego de suerte y azar realizada en forma periódica por un ente legal autorizado, el cual emite y pone en circulación billetes indivisos o fraccionados de precios fijos singularizados con una combinación numérica y de otros caracteres a la vista obligándose a otorgar un premio en dinero, fijado previamente en el correspondiente plan al tenedor del billete o fracción cuya combinación o aproximaciones preestablecidas coincidan en su orden con aquella obtenida al azar en sorteo público efectuado por la entidad gestora.
- **Juego de apuestas permanentes o chance.** Artículo 21. Es 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.
- **Rifas.** Artículo 27. Es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual se sortean, en una fecha predeterminada premios en especie entre quienes hubieren adquirido o fueren poseedores de una o varias boletas, emitidas en serie continua y puestas en venta en el mercado a precio fijo por un operador previa y debidamente autorizado.
- **Juegos promocionales.** Artículo 31. Son las modalidades de juegos de suerte y azar organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente.
- **Juegos localizados.** Artículo 32. Son modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos, videobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas, y los operados en casinos y similares.
- **Apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares.** Artículo 36.

- **Juegos novedosos.** Artículo 38. Son cualquier otra modalidad de juegos de suerte y azar distintos de las loterías tradicionales o de billetes, de las apuestas permanentes y de los demás juegos a que se refiere la presente ley. Se consideran juegos novedosos, entre otros, la loto preimpreso, la lotería instantánea, el loto en línea en cualquiera de sus modalidades, los juegos que se operen en línea contentivos de las diferentes apuestas en eventos, apuestas de los juegos de casino virtual, apuestas deportivas y los demás juegos realizados por medios electrónicos, por Internet, por telefonía celular o cualquier otra modalidad en tiempo real que no requiera la presencia del apostador.

En nuestro caso, el legislador ha catalogado como juego novedoso el loto en línea que corresponde o se coteja con la figura bajo lo cual ha operado el juego del Baloto, siendo caracterizado por ser operado en línea y tiempo real, tal como ya lo hemos analizado.

Estas precisiones nos servirán de base para determinar en esta acción la referencia entre el juego de Revancha y las características propias del juego del loto en línea, que sin duda nos llevará a determinar que éste tipo de comercialización es en verdad un nuevo juego que debió ser objeto de asignación mediante licitación pública.

#### **4.7. DE LA ADICIÓN DEL OBJETO EN LOS CONTRATOS ESTATALES.**

Por regla especial, como lo hemos visto, los contratos de concesión de juegos de suerte y azar se encuentran sometidos a las normas especiales que regulan esta materia, las que sin perjuicio de las pautas generales de asignación de los contratos referidos disponen la aplicación del estatuto contractual aplicable a las entidades públicas, razón por la cual deberemos analizar las limitaciones en materia de adiciones de contratos que ella contempla, y en especial aquellos antecedentes jurisprudenciales que disponen los límites de adición o contrato adicional de los contratos de concesión, aplicables por extensión al caso en estudio.

##### **4.7.1. Límites normativos.**

- **Ley 643 de 2001.**

Con respecto a la determinación del régimen aplicable a los contratos de concesión de juegos de suerte y azar, la ley que regula el tema dispone:

*Artículo 7°. Operación mediante terceros. 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. (Nota: La expresión señalada con **negrilla** en este inciso fue declarada **exequible** por la Corte Constitucional en las Sentencias C-1191 de 2001 y C-031 de 2003, en relación con los cargos analizados en las mismas.).*

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 (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este inciso fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.).

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.

La norma referida dispone la aplicación del régimen de contratación estatal a los contratos de concesión de juegos de suerte y azar, tanto para su otorgamiento como en su desarrollo.

- Ley 80 de 1993.

Respecto de los límites normativos de los contratos adicionales o adición de éstos, debemos citar algunas disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993, a saber:

**“ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1°. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2°. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

**ARTICULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL.** Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este inciso fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001.)

**Artículo 32. De los contratos estatales. (...)**

4º. Contrato de concesión.

"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 .....

**ARTICULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. En Los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

## 4.7.2. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES.

Como antecedentes jurisprudenciales sobre la adición de los contratos de concesión debemos señalar algunos fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que al efecto determinan sus límites y condiciones de validez.

### 4.7.2.1. CORTE CONSTITUCIONAL.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

#### - Sentencia C – 300 de 2012.

En esta sentencia, la Corte Constitucional al estudiar una acción de inconstitucionalidad impetrada en contra del primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007, manifestó al respecto del tema en estudio:

“... 2.6.2. La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza **incompletos**, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo.<sup>20</sup> En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso.

...  
2.6.4. Ahora bien, como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que **la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.**<sup>21</sup> La Sala de Consulta explicó:

“La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo

<sup>20</sup> Esta clasificación es tomada de la literatura del análisis económico del derecho. Ver WILLIAMSON, Oliver E. “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”. En: Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 233-261. SHAVELL, Steven. “Foundations of Economic Analysis of Law”. Harvard University Press, 2004. Dentro de esta literatura, también se señalan como causas de los contratos incompletos, (i) los altos costos de estructuración del contrato, esto es, las altas inversiones que deben realizar las partes para prever las contingencias y diseñar remedios; cuando tales costos exceden los beneficios esperados por las partes, estas últimas pueden optar por celebrar contratos incompletos y dejar por fuera, por ejemplo, previsiones o cláusulas relacionadas con contingencias de baja probabilidad. (ii) Los altos costos de hacer cumplir ciertas cláusulas, y (iii) la dificultad posterior de probar en sede judicial la ocurrencia de ciertas contingencias o variables, entre otras. Vale la pena mencionar que por estas razones la mayoría de los contratos tienden a ser incompletos.

<sup>21</sup> Por ejemplo, las causas previstas en los artículos 14 y 16 de la ley 80.



4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que **toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes**<sup>22</sup> (negrilla fuera del texto).

2.6.5. Es posible que la modificación sea necesaria aunque sea consecuencia de falta de previsión. En tal evento, si bien la modificación puede ser procedente, en tanto no sea imputable al contratista y de acuerdo con las reglas de distribución del riesgo, ello no exime a los funcionarios de la responsabilidad disciplinaria correspondiente.<sup>23</sup> Al respecto, la Sala de Consulta en el concepto en cita indicó:

"Al respecto se observa que el artículo 16 no califica en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio, de manera que es indiferente que fueran conocidas o, si debieron serlo, si se previeron y fracasaron los mecanismos para su regulación, etc. En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, aún en caso de error o culpa de la administración, es razón suficiente para su modificación, (...)".

4.7.3. Por último, es preciso resaltar que **la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico**, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato.<sup>24</sup> En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del

<sup>22</sup> En particular, la Sala de Consulta sostiene que son causas autorizadas por la ley, entre otras, las señaladas por el artículo 16 de la ley 80, es decir, "(...) evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él [el contrato]", las cuales -en su concepto- deben interpretarse de la siguiente forma: "Un segundo parecer formula la Sala a partir del verbo 'evitar' utilizado por la norma. Según el Diccionario, significa "apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda", lo que permite interpretar que la norma está indicando que la administración debe anticiparse a un resultado posiblemente dañino que puede llegar a suceder más adelante en el tiempo. Es absurdo esperar a la paralización o a que el servicio público se afecte, hay que hacer lo posible para que esto no ocurra. Esto implica una labor de planeación y de prevención necesaria para que la modificación del contrato evite el hecho dañino que se anticipa. Se anota que el artículo 18 del mismo Estatuto, al definir las situaciones en las que se puede declarar la caducidad de un contrato estatal, utiliza el mismo concepto, exigiendo de la administración una actuación preventiva más que sancionadora. || Las expresiones 'paralización' y 'afectación grave', corresponden a dos situaciones diferentes que pueden presentarse respecto de la prestación del servicio. La interpretación gramatical de las palabras así lo demuestra, pues la primera indica que una actividad, funcionamiento o proceso se detienen, se quedan quietos, mientras que la segunda denota continuidad pero alterada, cambiada, menoscabada. En la primera de ellas el servicio se interrumpe, mientras que en la segunda continúa pero afectado, es decir se entrega de mala calidad, sin las características suficientes para que sea aceptado sin reparos por los usuarios o beneficiarios del mismo. || La hipótesis de la afectación grave debe ser interpretada en consonancia con los artículos 14 y 2° numeral 3° del mismo Estatuto, pues en el primero de los citados se establece que las finalidades de las potestades de dirección y control, son las de 'evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación'; y la definición de servicio público que trae la segunda norma citada, exige que se preste en 'forma general, permanente y continua.' De estas reglas se desprende con mayor claridad que para la ley no se trata de prestar de cualquier manera el servicio, sino de manera adecuada, general, permanente y continua, esto es, de buena calidad. || Exige el artículo 16 que la afectación sea grave, es decir que tenga implicaciones de fondo en el servicio público de que se trata. Nuevamente utiliza la ley expresiones de textura abierta, las cuales deben aplicarse prudentemente en cada caso concreto."

<sup>23</sup> Ver por ejemplo Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 154- 40468. 2001.

<sup>24</sup> Varios doctrinantes resaltan este punto. Por ejemplo, Dávila Vinuesa define la modificación del contrato estatal

Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.<sup>25</sup>

Respecto del **objeto**, existe un amplio debate jurisprudencial, como la Sala destacó al examinar su competencia para ocuparse de la demanda bajo estudio. En efecto, con fundamento en el artículo 58 del decreto ley 222 de 1983 que disponía: "En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas"....

La Sala estima que esta discusión debe ser resuelta a favor de la primera posición, esto es: la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato; permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.

2.7.2.1. El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos<sup>26</sup>.

Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

De otro lado, se relaciona con el principio de libre competencia -manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables<sup>27</sup>.

---

así: "Cuando se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa". Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387.

<sup>25</sup> Esta disposición señala: "ARTICULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales."

<sup>26</sup> En este orden de ideas, es una manifestación de la carga en cabeza de la entidad contratante de revelar la información importante del contrato.

<sup>27</sup> Ver MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. "Manual de contratación de la Administración Pública". Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2 ed., 2009. P.p. 348 - 349. Este doctrinante explica: "El principio de igualdad se vulnera porque la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer a un nivel de contratistas de superior categoría que si se tratara de un

En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación.

2.7.2.5. En resumen, en materia de concesiones, los estudios previos deben ser lo más precisos posibles para que (i) los interesados puedan establecer el riesgo y calcular si los flujos del proyecto serán suficientes para cubrir los costos, pagar las deudas y generar una remuneración equitativa durante el plazo pactado; y (ii) las partes puedan establecer el esquema de distribución de riesgos que más se acomode a las características del negocio y las circunstancias en las que se ejecutará<sup>28</sup>. Esta información asegura entonces que el equilibrio económico del contrato no se alterará en perjuicio de los intereses estatales y que, de otro lado, el contrato será ejecutado sin contratiempos en beneficio de la comunidad destinataria.

2.7.3.1. **Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos**, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas.<sup>29</sup> Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de **contratos relacionales**. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación<sup>30</sup>. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo<sup>31</sup>.

Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre concurrencia y la selección objetiva– y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la

---

presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia". Ver también ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría general de los contratos de la administración pública". Bogotá: Legis, 1999.

<sup>28</sup> Se debe recordar que, conforme a la ley 1150 en concordancia con la ley 1508, los riesgos deben distribuirse en función de cuál parte es la más apta para asumirlos.

<sup>29</sup> Esto no significa que en los contratos no deban diseñarse cláusulas para hacer frente a tales contingencias y que las consideraciones previas sobre el principio de planeación pierdan relevancia.

<sup>30</sup> Ver BAKER, George, GIBBONS, Robert and MURPHY, Kevin J. "Relational Contracts and the Theory of the Firm", *The Quarterly Journal of Economics*, (2002) 117 (1).

<sup>31</sup> Ver WILLIAMSON, Oliver E. "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations" *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2 (Oct.) (1979). P. 239.

posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas.<sup>32</sup>

2.7.3.2. En atención a las anteriores consideraciones, la Corte ha declarado exequible la posibilidad de introducir modificaciones a los contratos de concesión, cuando sea necesario para mantener el equilibrio del contrato o para introducir nuevos requerimientos que conduzcan a una mejor prestación del servicio involucrado en la concesión.<sup>33</sup>

En relación con el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia se ha basado en la idea de que si bien es cierto el concesionario asume la mayor parte de los riesgos, no está obligado a asumir la carga pecuniaria de cambios de las condiciones de ejecución imprevisibles, que no se comprometió a soportar y que no le son imputables. Para remediar esta situación, es posible introducir ajustes, por ejemplo, en el plazo, con el fin de permitir al concesionario recuperar los mayores costos directamente relacionados con las circunstancias imprevisibles cuyo riesgo de ocurrencia no asumió.

## 2.8. PRINCIPIOS DE SELECCIÓN OBJETIVA Y LIBRE CONCURRENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. LÍMITES A LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

2.8.3. Dada la importancia para los fines del Estado del principio de selección objetiva del contratista, la Corte ha avalado la constitucionalidad de la licitación o concurso público como procedimiento de selección del contratista por excelencia dirigido a la selección objetiva<sup>34</sup>; es más, la Corte ha reconocido que en tanto la licitación es mencionada en el artículo 273 superior, el constituyente le confirió categoría de validez jurídica a la institución.<sup>35</sup> En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de

<sup>32</sup> Sobre conductas oportunistas en el marco de la renegociación de los contratos de concesión ver GUASH, J. Luis. "Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien." Washington: Banco Mundial, 2005. este autor explica: "Los gobiernos no son los únicos que pueden llegar a comportarse de manera oportunista. Una vez que una empresa privada ha recibido una concesión en el sector de infraestructura, puede que decida actuar para «presionar» al gobierno –por ejemplo, insistiendo en una renegociación del contrato para obtener condiciones más favorables o utilizando captura regulatoria–. Las fuertes ventajas de información de la empresa comparada con el gobierno (y, en muchos casos, en relación con otros operadores potenciales) y las influencias percibidas en la negociación pueden convertirse en fuertes incentivos para procurar la renegociación de un contrato y asegurarse un acuerdo mejor que el original. Los acuerdos regulatorios que así se establezcan pueden resultar menos eficientes para proteger a los usuarios contra los abusos de los monopolios. Por tal motivo, el diseño de las regulaciones, los contratos de concesión y de privatización, así como los acuerdos de implementación pueden afectar de manera significativa el rendimiento del sector y la incidencia de renegociaciones (Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas 1999; Gómez-Ibáñez 2003; Guasch y Spiller 2001; Manzetti 2000)." P.p. 26-27. Más adelante agrega: "En principio, la renegociación puede ser un instrumento positivo cuando aborda la naturaleza forzosamente incompleta de los contratos de concesión. Si se utiliza correctamente, la renegociación puede aumentar el bienestar común. Aunque la existencia de algún grado de renegociación es aconsejable, adecuada y natural, esta alta incidencia excede los niveles esperados y razonables y pone en tela de juicio la validez del modelo de concesión. Podría incluso indicar un comportamiento oportunista excesivo por parte de nuevos operadores o de los gobiernos. Tal comportamiento socava la eficiencia de los procesos y del bien común, ya que la renegociación se suscita meramente entre el gobierno y el operador, de modo tal que no se encuentra sujeta a presiones competitivas y la disciplina que ello trae aparejado. Cuando se implementa de manera oportunista o estratégica por parte de un operador o del gobierno, con el fin de procurarse beneficios adicionales, y no bajo la motivación de la naturaleza incompleta del contrato, la renegociación puede perjudicar la integridad de una concesión, afectar al bienestar general y amenazar el programa de reforma estructural deseado de la infraestructura en cuestión. La alta incidencia de renegociaciones que se expone en la presente obra debería ser motivo de preocupación. || La renegociación, y la renegociación oportunista en particular, puede menoscabar o eliminar los beneficios esperados de una licitación competitiva. Si la subasta está diseñada correctamente y ofrece suficientes incentivos, el proceso de licitación competitiva, con miras a la adjudicación del derecho de operar una concesión durante una cantidad determinada de años, debería encontrar (seleccionar) al operador más eficiente. Si los ofertantes perciben que la renegociación es factible y probable, entonces sus incentivos así como sus ofertas se verán afectados. De esta manera, es probable que, mediante el proceso, no se seleccione al operador más eficiente sino al más habilidoso en cuestiones de renegociación. Las renegociaciones sólo deben desarrollarse cuando están justificadas por las contingencias expresadas en el contrato original o por importantes acontecimientos imprevistos" (negrilla fuera del texto). P.p. 37-38.

<sup>33</sup> Ver las sentencias C-350 de 1997, M.P. Fabop Morón Díaz y C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>34</sup> Como se señaló en la sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>35</sup> Ver sentencia C-400 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Por estas razones la Corte declaró exequible el artículo 24 de la ley 80.

dos de los principios que rigen este procedimiento: **la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes.**<sup>36</sup>

El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 *ibídem* y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.

Este principio se relaciona con el derecho a la libre competencia y otras libertades económicas, en tanto (i) el contrato estatal es una fuente de ingresos importante para el sector privado y, por tanto, un espacio para el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa; y (ii) la libre concurrencia permite competencia entre las personas en capacidad de ofrecer el mismo bien o servicio.

Por otra parte, el principio de igualdad entre proponentes asegura que todos los que concurren reciban el mismo tratamiento y sus propuestas sean valoradas a la luz de los mismos criterios.

2.8.4. Estos criterios, en tanto desarrollan los principios de transparencia, igualdad, moralidad y eficiencia de la función administrativa, entre otros (artículo 279 superior), así como el derecho a la libre competencia (artículo 333 superior) y el principio de igualdad (artículo 13 superior), adquieren especial importancia constitucional, al punto que su limitación desproporcionada ha dado lugar a la declaración de inexecutable de algunos preceptos legales.

2.10.1.2. La Sala estima que la segunda interpretación se opone a la Carta, particularmente a los principios de la función administrativa y al principio de libre concurrencia, y por ello declarará la exequibilidad del precepto en el entendido de que solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial. Las razones que llevan a la Sala a esta conclusión se exponen a continuación:

Como se indicó en secciones anteriores, la modificación del contrato estatal, si bien puede ser una herramienta útil para el logro de los fines del Estado y aliviar el impacto fiscal que puede tener la ruptura del equilibrio económico del negocio –especialmente en los contratos incompletos y de largo plazo, su empleo debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, y debe dirigirse a la satisfacción de los fines estatales comprometidos en la respectiva contratación.

Además, la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto– y desnaturalizarlo; en tal hipótesis, ante la existencia de un nuevo contrato, se requiere un nuevo proceso de selección y el cumplimiento de los demás procedimientos y formalidades que exige la normativa sobre contratos estatales, y cuya finalidad es la realización de los principios de la función administrativa.

Por ejemplo, una interpretación ilimitada de las reglas de modificación puede conducir a ofertas artificialmente bajas con el ánimo de obtener la adjudicación y luego presionar la reforma del contrato para mejorar las condiciones de remuneración, o a la perpetuación de un concesionario en la ejecución de un grupo de obras, no todas parte del mismo objeto contractual, en perjuicio de los principios de libre concurrencia y selección objetiva.

Ciertamente, tal interpretación, en tanto permite que bajo la apariencia de una adición o prórroga, se delegue a un concesionario, sin que se surta un proceso de selección

<sup>36</sup> Ver sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

objetivo, la ejecución de una obra completamente nueva, aunque esté relacionada con el objeto del primer contrato, limita los principios antes mencionados.

Sin embargo, la Sala observa que **el medio elegido no es idóneo ni necesario para lograr todas estas finalidades**; en particular, a juicio de la Sala, la medida bajo examen, lejos de generar economías de escala y ahorros para la entidad, puede significar mayores costos para la administración. En primer término, como se explicó en secciones previas, permitir la modificación de los contratos para incluir nuevos objetos incentiva conductas oportunistas, como ofertas con precios artificialmente bajos. En tal hipótesis, en virtud de principios como el de equilibrio económico del contrato y vía adición o prórroga, la entidad contratante puede terminar obligada a asumir mayores costos o simplemente avocada a sufrir las consecuencias del fracaso del contrato, con lo que el objetivo de disminución de los costos de la actividad estatal no se logra.

En materia de diseño y estructuración de los contratos, la Sala observa que la posibilidad de adicionar nuevos objetos incentiva a las entidades estatales a no prestar la atención debida a la etapa de planeación y a no realizar esfuerzos mayores por delimitar los objetos contractuales –pues existe una legítima expectativa de que el contrato se podrá ajustar durante su ejecución; tal comportamiento a su vez (a) crea mayores riesgos de fracaso del contrato o de que la entidad deba asumir mayores costos, y (b) y aumenta la incertidumbre sobre el comportamiento de la entidad contratante, lo cual impide a los interesados formular propuesta lo más ajustadas posibles a la realidad de la concesión y con debido soporte financiero....”.

#### 2.7.2.2. CONSEJO DE ESTADO.

Con respecto a la adición del contrato de concesión, el Consejo de Estado ha manifestado:

- **Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009.**

En este concepto se manifestó al respecto:

*“Es claro que al cambiar el entorno en que se desenvuelve la prestación de un servicio público a la comunidad, en forma tal que afecte gravemente dicha prestación, independientemente de su previsibilidad, deben mutar las obligaciones del contrato que tienen que ver con tales cambios, o de lo contrario se estaría dando un servicio inadecuado a las nuevas realidades sociales, culturales o tecnológicas.*

*La realización del ideal de progreso también conlleva la necesidad de variar los contratos de concesión con miras a obtener la mayor satisfacción posible de las necesidades de la colectividad; fenómeno que ha sido estudiado desde antaño y a él se refieren los ejemplos transcritos anteriormente, dados por los autores Pareja y Sarria<sup>37</sup>. Hoy en día, la literatura jurídica habla de una cláusula presunta de progreso<sup>38</sup> en los contratos de concesión de servicio público, haciendo especial énfasis en los cambios o adelantos tecnológicos. Como lo explica el argentino Juan Carlos Casagne, en esta frase: ‘En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 CN<sup>39</sup>) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.’*

<sup>37</sup> “Además de la literatura antes citada, pueden verse las siguiente sentencias del Consejo de Estado: Actor: Guillermo Pardo Venegas. (Compañía de Alumbrado Público de Pamplona contra Ministerio de Economía Nacional). Abril 16 de 1941. Ponente, Dr. Diógenes Sepúlveda. 19 de julio de 1940.”

<sup>38</sup> “Vid. MEILAN GIL, José Luis. “PROGRESO TECNOLÓGICO Y SERVICIOS PÚBLICOS” Ed. Thomson Civitas. 1ª Edición. Madrid 2006. Igualmente: CASAGNE, Juan Carlos. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. Ed. Lexis Nexos. 2ª Edición. Buenos Aires. 2006. Págs. 186 187.”

<sup>39</sup> “Constitución Nacional Argentina.”

*En esta perspectiva doctrinaria, la mutabilidad constituye un principio interpretativo de los contratos estatales de especial trascendencia en la concesión de servicio público.* (negrilla fuera del texto).

- **Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 15 de marzo de 1990.**

Si bien este concepto fue proferida antes de la expedición de la ley 80 de 1993, es útil para determinar los alcances de interpretación sobre la adición o modificación del objeto contractual, el que se ha mantenido vigente a la fecha:

*"De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.*

*Sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redundaría en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional"*<sup>40</sup> (negrilla fuera de texto).

- **Sala de Consulta y Servicio Civil concepto del 17 de mayo de 1994**

Luego de la entrada en vigencia de la ley 80, la Sala de Consulta y Servicio Civil afirmó que bajo la vigencia del decreto 222 de 1983, las prórrogas y adiciones de los contratos administrativos solamente podían versar sobre el plazo y el precio, y que, por el contrario, las reformas del objeto era auténticos contratos adicionales, es decir, nuevos negocios jurídicos. Al efecto, la Sala explicó:

*"2) El artículo 58 del Decreto - Ley 222 de 1983 contemplaba la posibilidad de modificar los contratos que regulaba en cuanto al plazo y al precio; pero a la vez prescribía que no podrán pactarse prórrogas automáticas' (inciso 6o. ibídem). Además aunque la mencionada disposición se refería en su epígrafe a 'los contratos adicionales', en realidad no regulaba las adiciones a los mismos sino su reforma en relación con el plazo y el precio. Las adiciones, por lo mismo, debían ser objeto de nuevos contratos. La misma disposición, teniendo en cuenta que la reforma de los contratos implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, que debía completar el contrato, disponía que para efectuarla se debía suscribir 'un contrato adicional' que en realidad era una reforma del original. De donde se infiere que la reforma del contrato, que autorizaba el artículo 58 del Decreto - Ley 222 de 1983, necesariamente implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, diferente del contrato original.*

*(...).*

*3) Si el tránsito de legislación implica que los contratos ya celebrados y en vigor se rigen por las correspondientes cláusulas contractuales y 'las Leyes vigentes al tiempo de su celebración' (la Sala destaca), las reformas o adiciones a esos mismos contratos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, no se rigen por los*

<sup>40</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 350 del 15 de marzo de 1990.

artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, sino por la nueva legislación; si la ley garantiza los convenios o contratos celebrados, para que se rijan por la ley vigente en la fecha de su perfeccionamiento, los nuevos convenios, adiciones reformas o prórrogas de los mismos, no están comprendidos por este tratamiento de excepción y se rigen por la nueva legislación. La mejor prueba de ello consiste en verificar que las prórrogas, reformas o adiciones de los contratos se pueden convenir o no, sin que ellos pierdan su propia entidad; lo que permite concluir que las reformas y adiciones son sobrevinientes o posteriores al contrato original<sup>41</sup> (negrilla original).

- **Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 24 de agosto de 2005.**

Al efecto indicó:

*“Además, en dicha disposición [artículo 40 de la ley 80] se estableció claramente que cualquier estipulación de las partes contratantes, que tenga relación directa con el objeto del contrato Estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato, lo cual se deduce de dicha formulación normativa, donde la adición del contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto, puesto que este elemento esencial de los contratos tan solo puede sufrir mutaciones por vía del contrato adicional. Esto se deduce de lo normado en las siguientes disposiciones de la misma Ley 80 de 1993: [artículos 16 y 41 de la ley 80]*

*(...)*

*Sin duda, la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional y prueba de ello es que se entiende perfeccionado un contrato cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito. No desconoce la Sala que la adición del contrato por modificación del objeto puede conllevar al incremento del valor del precio inicialmente pactado, pero no es a esta modificación del valor a la que se refiere el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues tal interpretación llevaría al enfrentamiento de las disposiciones analizadas, lo que en aplicación del principio del efecto útil de las normas conduce a colegir que la reforma de precios aludida en ese parágrafo es aquella surgida de mayores cantidades de obra ya ejecutadas o cuando de imprevistos en la ejecución del contrato se trata.*

*Tan cierto resulta ser que la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional, que por estar en presencia de un nuevo objeto (no puede ser el mismo objeto aquel que ha sido modificado por adiciones), debe existir un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración; además, por tratarse de un objeto adicionado, en el que la prestación debida ya no es la misma por haber sido ampliada, es claro que las garantías constituidas por el contratista para el contrato inicial no cubren ese nuevo objeto, respecto del cual no puede llamarse a responder al garante, siendo necesario que sobre dicho objeto adicional se constituyan las garantías previstas en la Ley.”<sup>42</sup>*

- **Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 26 de enero de 2006.**

En esta providencia, la Corporación señaló que la modificación del contrato estatal puede consistir solamente en la variación del precio o el plazo, y que

<sup>41</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 1994, rad. 601, C.P. Jaime Betancur Cuartas.

<sup>42</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2005, rad. 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171) A, C.P. Darío Quiñones Pinilla. Con fundamento en estas consideraciones, en el caso concreto, a fin de resolver una demanda de nulidad contra la elección de un gobernador, aseguró: “2. Que en el contexto de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 artículo 40, el contrato adicional celebrado por el candidato dentro del año anterior a su elección, solamente será inhabilitante en la medida que se ocupe de adiciones al objeto del contrato, pues en la medida que recaiga sobre alteraciones del valor (Vr. Gr. Reconocimiento de un mayor valor por cantidades de obra ya ejecutadas) o del plazo, ha colegirse que no hay un contrato adicional sino una adición o reforma del contrato, que por lo mismo queda descartada como “contrato” para efectos de invalidar la elección de un candidato.”

cualquier reforma del objeto en realidad es un contrato adicional nuevo. En este sentido, explicó:

*"Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacionales consideran que las nociones de contrato adicional y de adición de contrato no corresponden a la misma figura jurídica. Así, mientras que por el primero se entiende aquel contrato que implica una modificación fundamental del convenio inicial, la segunda se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto."<sup>43</sup>*

...  
Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que **cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato**, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, **solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato**<sup>44</sup><sup>45</sup> (negrilla fuera del texto).

- Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1121 del 26 de agosto de 1998.

En este concepto se determinó que la adición del contrato en su objeto cuando es indispensable su desarrollo por conexidad con el principal, al efecto manifestó:

*"Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.*

*"En consecuencia, hay que distinguir la determinación del precio del contrato, que se logra mediante los instrumentos de reajuste o revisión de precios, de la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial pero cuya*

<sup>43</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de enero de 2006, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761). C.P. Darío Quiñones Pinilla.

<sup>44</sup> "Esta ha sido la posición del Consejo de Estado según se desprende de lo considerado en las consultas números 1812 del 2 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Y en las sentencias del 6 de agosto de 1987, expediente 3886, Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, también de la Sección Quinta."

<sup>45</sup> Cfr. Ibidem. En este fallo, la Sección Quinta examinó la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia dictada dentro de un proceso de nulidad electoral. El demandante demandó la nulidad de la elección de un alcalde, bajo el argumento de que había celebrado una adición a un contrato de prestación de servicios en el año anterior a la elección. La Sección Quinta concluyó que la adición de la orden de servicios era en realidad un nuevo contrato, pues (i) su finalidad no era solamente ampliar el plazo sino establecer nuevas obligaciones, y (ii) no había justificación para la ampliación del plazo, pues en tanto no se cuantificó el objeto del contrato —el objeto era prestar servicios odontológicos en la cárcel, no era posible establecer el plazo necesario para ejecutarlo y si este necesitaba prorrogarse. Al respecto, sostuvo: "Con todo, dados los términos en que fue pactada la obligación del contratista en la orden de prestación de servicios número 705 de 2002, dicho contrato no era susceptible de ser ampliado en el plazo, pues como quiera que la labor contratada no fue cuantificada, sino que únicamente fue sometida a la programación que elaborara la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, no había manera de concluir que el término de ejecución pactado era insuficiente para cumplir con la totalidad de dicha labor. Ahora bien, de aceptarse que la labor contratada mediante la orden de prestación de servicios número 705 de 2002 requería de un tiempo adicional para su completa ejecución, por encontrarse algún hecho que demostrara la insuficiencia del tiempo pactado para cumplir con dicha labor, ello sólo explicaría la ampliación del plazo del contrato, pero no su valor, entendido éste como los honorarios que recibiría el contratista como contraprestación por sus servicios profesionales." Por esta razón, en tanto el alcalde sí había celebrado un nuevo contrato estatal a ejecutarse en la misma jurisdicción en el año inmediatamente anterior a su elección, la Sección Quinta declaró la nulidad de su elección.

ejecución es indispensable por su conexidad con aquél, que se logra mediante la adición del contrato, tanto al objeto para incluirlos, como al valor para cubrir su costo y, si fuere necesario, al plazo para lograr su oportuna ejecución". (Se resalta).

- **Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1439 del 18 de julio de 2002.**

En el mismo sentido que el concepto anterior, en esta oportunidad se manifestó:

*"Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato<sup>46</sup> cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada...*

...  
*Por lo mismo, en estos casos, el mayor costo de la ejecución del contrato no puede cobijarse con el concepto legal de "contrato adicional", pues éste está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución..."*

- **Sala de Consulta y Servicio Civil concepto del 23 de agosto de 2013.**

En esta oportunidad, la Sala de Consulta reitero:

*"... De la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, para: (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.).*

(...)

*En efecto, mediante la sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el primer inciso del artículo 28<sup>47</sup> de la ley 1150 de 2007, como resultado de la cual declaró exequible dicha norma, "en el entendido que la expresión 'obras adicionales directamente relacionadas con el objeto*

<sup>46</sup> "[3] En igual sentido ésta Sala emitió su concepto en consulta N° 1121 de fecha 26 de agosto de 1.998".

<sup>47</sup> "Artículo 28. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de Obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. (...)"

**concesionado'**, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial". (Las negrillas son del original).

En esa medida, resulta claro que cuando la Corte se refirió, en la citada providencia, a los "alcances progresivos" en los contratos de concesión, estaba aludiendo a una forma o modalidad de adición de dichos contratos.

En efecto, a partir de lo explicado hasta ahora, puede entenderse que en esta clase de negocios y, en general, en todos los contratos estatales, las adiciones pueden obedecer a situaciones *imprevistas*, surgidas durante la ejecución del contrato, que hacen necesario suministrar ciertos bienes, ejecutar determinadas obras o realizar ciertas actividades no contempladas en el alcance original del objeto del contrato, pero que están estrechamente vinculadas con éste y son requeridas para su debido cumplimiento y para la obtención de la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato (causa). Estas son las adiciones que podríamos llamar "ordinarias".

Pero también están aquellas que surgen por circunstancias *previstas* por las partes desde el pliego de condiciones y consagradas expresamente en éste y en el contrato, que deben ser ejecutadas cuando ocurran, durante la vigencia del mismo, una o varias condiciones (hechos futuros e inciertos<sup>48</sup>). A este tipo de adiciones pertenecen los llamados "alcances progresivos" en los contratos de concesión de infraestructura vial, y las mismas, como el resto de las adiciones, deben tener una íntima conexión con el objeto general del contrato y ser necesarias para el logro de la finalidad perseguida por las partes.

(...)

Ahora bien, no desconoce la Sala que los "alcances progresivos", como obligaciones condicionales que son, incorporadas en un contrato, podrían entenderse también como parte del objeto inicial de dicho contrato, y en esa medida, no constituirían una adición.

Sin embargo, para que ello fuera así, tendrían que cumplirse al menos los siguientes requisitos básicos que, en el caso de los contratos de concesión vial de tercera generación no se dan, según lo que se desprende de la información y de los documentos suministrados a la Sala por el ministerio consultante:

1. Antes de iniciar el proceso de contratación, la entidad estatal contratante tendría que contar con los estudios, diseños y proyectos de las obras que constituyan el "alcance progresivo o complementario" de la concesión, los cuales deben formar parte del pliego de condiciones<sup>49</sup>.
2. En el mismo momento, es decir, antes de iniciarse el proceso de selección, la entidad contratante tendría que contar con la disponibilidad presupuestal suficiente<sup>50</sup> para efectuar el pago de las sumas que le correspondan por la ejecución de los "alcances progresivos", y no sólo del "alcance básico", ya sea con partidas del presupuesto vigente o con las denominadas "vigencias futuras"<sup>51</sup>. Para tal efecto, la entidad pública tendría que haber calculado, con bases técnicas, el costo estimado o aproximado de los "alcances progresivos"<sup>52</sup>.
3. De la misma manera, la cuantía de dichos "alcances progresivos" tendría que ser incluida por los proponentes en el valor total de sus respectivas ofertas, y una vez adjudicado el contrato, formaría parte del valor total del mismo, para todos los efectos,

<sup>48</sup> Artículo 1530 del Código Civil: "Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no".

<sup>49</sup> Artículos 25, numeral 12 de la ley 80 de 1993, 8 de la ley 1150 de 2007 y 20 del decreto 1510 de 2013.

<sup>50</sup> Artículo 25, numerales 6 y 13 de la ley 80 de 1993.

<sup>51</sup> Como una de las condiciones previstas expresamente en el documento CONPES 3413 para que haya lugar a la "activación" de los "alcances progresivos" en los contratos de concesión vial, es la de que "estén dadas las condiciones de financiamiento requeridas", se infiere de ello que el requisito previsto en este numeral, referente a la existencia de las partidas presupuestales o las "vigencias futuras" necesarias para pagar el aporte estatal que corresponda a los "alcances progresivos", no se cumple en dichos contratos.

<sup>52</sup> Artículos 20, numeral 4, y 22, numeral 7º del decreto 1510 de 2013.

entre ellos, determinar el monto de las garantías<sup>53</sup> que el contratista seleccionado debe constituir a favor de la entidad contratante.

4. Con base en el valor total del contrato, estimado por la entidad estatal, incluyendo el de los "alcances progresivos", tendría que determinarse, en los pliegos de condiciones, la capacidad financiera y la capacidad de contratación exigidas a los oferentes<sup>54</sup>. Igualmente, una vez suscrito el contrato con alguno de los proponentes, el valor total del mismo, establecido en la forma señalada, tendría que disminuir el monto de la capacidad de contratación residual del respectivo contratista ("K") para la celebración de futuros contratos con entidades públicas<sup>55</sup>.

*En el evento de cumplirse los anteriores requisitos, los "alcances progresivos" no serían, pues, una adición al contrato, sino que harían parte integrante del objeto inicial del mismo, con la particularidad de que los derechos y las obligaciones relacionados con tales "alcances" no podrían ser exigibles de forma inmediata, sino sólo ante el acaecimiento de la totalidad de las condiciones estipuladas en el contrato, mientras que la otra parte de dicho objeto (es decir, "el alcance básico") sí sería exigible de forma inmediata y/o al vencimiento de los plazos pactados en el contrato.*

*La interpretación contraria, es decir, aquella que sostuviera que los denominados "alcances progresivos" no constituyen una adición al contrato de concesión, a pesar de no cumplir con ninguno de los requisitos mínimos señalados previamente, resultaría jurídicamente inaceptable, a juicio de la Sala, por ser abiertamente inconstitucional e ilegal, ya que desconocería varios principios de la administración pública, en general, y de la contratación estatal, en particular, consagrados en la Constitución Política y en la ley, como los principios de transparencia, igualdad, responsabilidad, economía, planeación y moralidad, entre otros<sup>56</sup>, como se analizará a continuación.*  
(...)

#### **E. Los alcances progresivos frente a los principios generales de la contratación estatal previstos en la Constitución Política y en la ley**

*La contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, dado que representa uno de los medios que las entidades públicas pueden utilizar, en este caso con la colaboración de los particulares o de otras entidades estatales, para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado. En esa medida, es claro que toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta y respetar los principios y valores consagrados en la Constitución Política.*

*A este respecto el Consejo de Estado manifestó lo siguiente en providencia del 3 de diciembre de 2007<sup>57</sup>:*

##### **"i) Principios constitucionales aplicables a la contratación pública**

*"La actividad contractual del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida en un todo al imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993, precisamente, fue adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991<sup>58</sup>, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del*

<sup>53</sup> Artículo 7 de la ley 1150 de 2007 y título III, capítulo I del decreto 1510 de 2013.

<sup>54</sup> Artículos 5, numeral 1º, y 6 de la ley 1150, y 10, numeral 3º, y 16 del decreto 1510 de 2013.

<sup>55</sup> Artículos 6, parágrafo 1º de la ley 1150 de 2007, y 3 y 18 del decreto 1510 de 2013.

<sup>56</sup> Artículos 209, 267 y 333 de la Constitución Política; 3 y 23 de la ley 80 de 1993, y 13 de la ley 1150 de 2007, entre otras normas.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

<sup>58</sup> "[44] Se dijo en la exposición de motivos: "Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias...". BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992."

derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.)".  
En la misma sentencia se incluyen las siguientes explicaciones sobre algunos de los principios mencionados, que resultan relevantes para el asunto que se analiza:

#### 1. Sobre el principio de igualdad

"El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

"Por ende, este principio implica, entre otros aspectos<sup>59</sup>, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones;... dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración<sup>60</sup>... y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso"

#### 2. Sobre el principio de transparencia

"El principio de transparencia persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar".

#### 3. Sobre el principio de imparcialidad

"En virtud del principio de imparcialidad: las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P. En tratándose de los mecanismos de selección, significa el deber de transparencia de la administración de actuar sin designio anticipado o prevención a favor o en contra de un posible oferente o participante por algún motivo o factor subjetivo de segregación irrazonable y desproporcionado, esto es, que no tengan una justificación objetiva y proporcional que fundamente el trato diferente".

#### 4. Sobre los principios de economía y de planeación

"Cabe de entrada precisar que este principio tiene diversos matices según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, que propenden por una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, es decir, de una parte, con las reglas establecidas en esta norma inspirada en el principio de economía se busca obtener los fines de la contratación

<sup>59</sup> "[52] Explica DROMI (José Roberto, La Licitación Pública. Edt. Astrea, 2002, págs. 99 y ss. 134 a 139) que el trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: "1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior." Es decir, en su criterio, la igualdad exige que desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización del éste, todos los licitadores o oferentes se encuentran en la misma situación; contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas; y advierte, además, que la adjudicación o formalización del contrato debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni el pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación, en dichas oportunidades".

<sup>60</sup> "[53] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12037".

(eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos (eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios.

(...)

"En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25)".

## 5. Sobre el principio de selección objetiva

"La selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

"El deber de selección objetiva, es desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993<sup>61</sup>, norma que establece varios conceptos (...)"

## 6. Sobre el principio de libre concurrencia

"Ha sostenido la Sala que "El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración".<sup>62</sup>

"En sentido similar, la Corte Constitucional ha precisado el alcance de este principio y su correlación con el de igualdad en los siguientes términos:

"(...) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad

<sup>61</sup> "[95] Este artículo fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos: "Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos."

<sup>62</sup> "[58] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 23508".

de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”.

“En este orden de ideas, se concluye que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina<sup>63</sup> el principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13. C.P.) y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.)”.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que uno de los principios de la contratación estatal es el de libre la concurrencia o competencia, que deriva su existencia de los pilares sobre los cuales descansa el modelo económico del Estado adoptado por la Constitución Política, es decir, la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre competencia económica (artículo 333 de la C.P.)<sup>64</sup> y la función social y ecológica de la propiedad, así como de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia, publicidad y economía, que también son principios fundamentales de la contratación pública.

El principio la libre concurrencia implica la libertad de competir en condiciones de igualdad por parte de los sujetos interesados en realizar determinada actividad económica, y “...deviene del alcance material y sistemático surgido de la interacción entre las cláusulas constitucionales de la libre competencia instituida en los artículos 88 [que lo define como derecho colectivo] y 333 constitucionales y la del Estado social y democrático de derecho, que hacen del concepto, no solo uno de los pilares de la constitución económica<sup>65</sup>, en cuanto soporta a oferentes y demandantes de bienes y servicios en la dinámica del mercado, sino también, que lo torna en un concepto materialmente vinculado a los elementos propios de la vida democrática de nuestra sociedad<sup>66</sup>, vinculado con el interés general, esto es de carácter colectivo, sin perder su horizonte como derecho subjetivo...<sup>67</sup>”<sup>68</sup>.

Sobre este asunto es ilustrativo citar, igualmente, lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001<sup>69</sup>, mediante la cual declaró inexecutable algunos apartes del artículo 36 de la ley 80 de 1993, que permitía la prórroga automática de los contratos de concesión para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones:

<sup>63</sup> “[64] Vid. ESCOBAR, Gil Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Edt. Legis. 1999. Págs. 154 y 155”.

<sup>64</sup> El artículo 333 de la Constitución establece los principios de libertad de empresa, libre competencia y libertad económica como derechos de las personas, sometidos a los límites que establezca la ley:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”

<sup>65</sup> “[23] PALACIOS MEJÍA, Hugo. ‘El derecho de los servicios públicos. Derecho Vigente’. Bogotá. 1999. Págs. 44 a 46”.

<sup>66</sup> “[24] Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2003. La libertad de empresa y la libre competencia económica son dos garantías cardinales de la llamada ‘constitución económica’ que se erigen en fundamento del desarrollo económico y social así como en garantía de una sociedad democrática y pluralista”.

<sup>67</sup> “[25] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. ‘...Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades...’”

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 2012. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. N° 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ), Exp. 38924.

<sup>69</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Exp. N° D-3277.

“... aún cuando en materia de la contratación estatal el legislador está dotado de un amplio margen de configuración normativa, que en principio lo habilitaría para diseñar mecanismos que le permitan a las entidades estatales lograr la continuidad en la prestación de los servicios públicos -como el de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones-, no encuentra la Corte una justificación objetiva y razonable para restringir mediante la medida cuestionada el derecho a la libre competencia de los demás oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras para desarrollar este objeto contractual.”

“Aún cuando es explicable el señalamiento de un término amplio de vigencia -diez (10) años-, para los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones, porque la naturaleza del objeto contractual y el interés público subyacente así lo demandan, no parece razonable que con base en una justificación de esta índole se pretenda extender hasta por veinte años el término de duración de estos contratos apelando a la figura de la prórroga automática, toda vez que se produce un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales a la libre competencia (art. 333 de la C.P.)<sup>70</sup> y de acceso al uso del espectro...” (Se resalta).

Es decir, que existe un derecho subjetivo (que también es colectivo), fundamentado en el concepto de libertad, que le permite a las personas, por regla general, ofrecer bienes y servicios en el mercado o, en su caso, elegir a quién compran o de quién adquieren dichos bienes y servicios, con sujeción a las reglas del mercado; manifestaciones de ese derecho que deben ser garantizadas y protegidas por el Estado<sup>71</sup>, y que sólo pueden ser limitadas excepcionalmente por el legislador<sup>72</sup>, por razones de interés general.

De ahí que este principio se conecte con el principio constitucional de igualdad (art. 13 C.P.), que en este contexto implica el derecho de las personas a participar como agentes económicos en el mercado de bienes y servicios, en idénticas oportunidades respecto de otros, y de recibir el mismo tratamiento; esto es, la libertad de actuar en el mercado sin discriminación de ninguna índole, por lo cual las entidades estatales no pueden establecer barreras injustificadas a la competencia, como pueden ser políticas discriminatorias que impidan el acceso de ciertas personas a la contratación o, por el contrario, que beneficien a algunos de los actores del mercado.

Así mismo, la preservación de los principios de transparencia y selección objetiva, entre otros, conlleva la posibilidad de que haya un acceso real y efectivo a los contratos de las entidades públicas. La existencia y el cumplimiento de los procesos de selección aseguran la vigencia de estos principios, sobre la base de que la concurrencia de oferentes en la contratación de las entidades públicas permite lograr la obtención de mayores ventajas y condiciones más favorables para la prestación o suministro del bien y servicios requeridos por el Estado.

En esa medida, resulta necesario examinar la política contenida en el documento CONPES 3413 de 2006, especialmente con relación a los “alcances progresivos”, frente al marco jurídico establecido en la Constitución Política y en la ley, con el fin de armonizar dicha figura con los principios y las normas constitucionales arriba mencionados.

<sup>70</sup> “[28] Según el artículo 333 de la Constitución “La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Así, la libre competencia supone la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita, tarea en la que está comprometido el propio Estado. En la sentencia C-535 de 1997, la Corte delimitó el alcance de la libre competencia en los siguientes términos: “La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos...” (Las negrillas son del original).

<sup>71</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2010. De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política, el Estado debe proteger la libre competencia económica, para: “(i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos”.

<sup>72</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-870 de 2003: La libre competencia económica implica que “un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”.

*Desde este punto de vista, una interpretación de los "alcances progresivos" que no someta dicha figura al cumplimiento de los principios de planeación, transparencia, libre concurrencia, economía y selección objetiva, entre otros, esto es, sin estudios previos, diseños y proyectos, disponibilidad presupuestal, exigencia de capacidad financiera y de contratación, etc., desembocaría en la entrega de un proyecto vial en concesión de forma directa e ilegal, esto es, sin la previa convocatoria a los interesados ni el cumplimiento de un proceso de selección objetiva, restringiendo injustificadamente la concurrencia libre y equitativa en este campo<sup>73</sup>. Esta situación, no sólo se opone a los principios que rigen la contratación estatal y está prohibida en la legislación contractual a la que están sometidas las entidades del Estado (artículo 24, numeral 8 de ley 80 de 1993, y artículos 2 y 5 la ley 1150 de 2007), sino que vulneraría los principios constitucionales de libre competencia, transparencia, moralidad, imparcialidad, economía e igualdad, entre otros (artículos 13, 209, 267 y 333 C.P.). ...".*

En consideraciones a las anteriores posiciones del Consejo de Estado, podemos determinar que la adición en el objeto del contrato es válida cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- Cuando sea necesaria y obligatoria para el cumplimiento del objeto principal.
- Su empleo debe ser excepcional.
- El objeto adicional debe estar ligado al objeto principal.
- El objeto adicional es indispensable y necesario para cumplir con el contrato.

Pero estas causas no dan origen directo a la respectiva adición, pues tal como lo afirma la Corte Constitucional es necesario que la causa de modificación obedezca a una causa real, cierta, sustentada y probada, la cual no puede alterar la esencia del objeto y convertirlo en otro tipo de negocio jurídico.

Es por ello que la modificación del contrato que se efectúe en desconocimiento de las anteriores precisiones vulnera claramente los principios de la función pública y de la contratación estatal como la igualdad de oferentes, selección objetiva y libre competencia o concurrencia, pues se estaría evadiendo la posibilidad que los oferentes del contrato conocieran las circunstancias de adición del objeto del contrato para haber tenido la posibilidad de ofertar en tales condiciones (condiciones de alteración del objeto del contrato que deben estar contempladas en los pliegos de condiciones o estudios previos), pues de otra forma se estaría beneficiando al concesionario llegando al punto de adjudicar la concesión con precios artificialmente bajos solo con el fin de, posteriormente, modificar el contrato para obtener un mayor beneficio.

Por estas razones, afirma el Consejo de Estado, que la reforma sustancial del objeto del contrato, lo que implica un nuevo acuerdo de voluntades diferentes al contrato original, por lo cual debe ser objeto de un nuevo contrato, mediante la figura del contrato adicional, el cual debe constar por escrito o ser solemne, independiente del contrato adicional, suscrito por las partes y contemplar la adición de las respectivas garantías contractuales.

<sup>73</sup> El principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso y participación en un proceso de contratación (art. 13. C.P.), y en el derecho de oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, antes citada.

este contrato es indeterminado pero determinable con base en un porcentaje del treinta y dos por ciento (32%) de las ventas brutas efectivamente realizadas por el CONCESIONARIO, por concepto de Derecho de Explotación, más el uno por ciento (1%) por concepto de Gastos de Administración, liquidado sobre el valor de los derechos de explotación y que el CONCESIONARIO se obliga a pagar en los términos de este contrato. En consecuencia para todos los efectos pertinentes, incluidos los impuestos exigibles, el valor del contrato será determinado y calculado con base en las ventas brutas del juego LOTO EN LINEA – BALOTO efectivamente realizada durante el período de vigencia del mismo.

Las cuentas que se constituirán en el encargo fiduciaria para el manejo de los recursos provenientes de la explotación del juego de LOTO EN LINEA – BALOTO estarán integradas por los rubros y porcentajes calculados sobre las ventas brutas que se detallan a continuación:

1. Cuenta de pago de premios: CINCUENTA POR CIENTO (50%).
2. Cuenta de reserva técnica: DOS POR CIENTO (2%) ...
3. Cuenta de premios caducos.
4. Cuenta de Derecho de Explotación: TREINTA Y DOS POR CIENTO (32%) de las ventas brutas.
5. Cuenta Gastos de Administración: UNO POR CIENTO (1%) de los Derechos de Explotación, esto es, el cero punto treinta y dos por ciento (0.32%) de las ventas brutas.
6. Cuenta de Gastos de operación: OCHO POR CIENTO (8%) de las ventas brutas.
7. Cuenta de gastos por publicidad ...
8. El porcentaje restante de las ventas brutas (SIETE PUNTO SESENTA Y OCHO POR CIENTO (7.68)) será retenido por los puntos de venta (descuento en ventas), quienes, adicionalmente, harán el pago de premios menores de tres y cuatro aciertos.

#### RESUMEN ECUACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

CONCEPTO	PORCENTAJE
Comisión punto de venta	7.68%
Cuenta de gastos de operación	8,00%
Gastos de operación red	1,50%
Gastos de administración funcionamiento	4,15%
Inversionistas	0,73%
Gastos financieros	0,54%
Fiducia	0,15%
Utilidad	0.93%
Plan de premios	50%
Derecho de explotación	32%
Gastos de Administración	0.32%
Gastos de mercadeo	2%

...  
 PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor de la contraprestación del CONCESIONARIO provendrá de la explotación y operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO y se pagará por conducto de la entidad fiduciaria a la cuenta que el CONCESIONARIO determine, en los términos y condiciones que se establezca en el contrato de fiducia que se suscriba para el manejo de los fondos provenientes de la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO.

...  
 DECIMA. GARANTÍA ÚNICA: ...

Ahora es pertinente determinar si en el caso concreto se dieron las causales de procedibilidad suficientes para la modificación del objeto del contrato del Baloto tal como ocurrió, por lo que procederemos a analizar las circunstancias que rodearon la adición al objeto de tal contrato.

#### **4.8. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL BALOTO – CONTRATO No. 887 DE 2011.**

##### **4.8.1. DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES RELEVANTES.**

###### **- DEL OBJETO.**

En consideración al estudio que nos respecta a efectuar sobre la procedencia irregular de la modificación del objeto del contrato, debemos señalar la cláusula contractual que al respecto lo limita, a saber:

*“... PRIMERA: OBJETO: El objeto del presente contrato lo constituye la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LÍNEA BALOTO, que hace ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO, parte esta última que se obliga a operar dicho juego por su propia cuenta y riesgo, pagando como contraprestación los derechos y gastos de administración a que hace referencia la Ley 643 de 2001, modificada por la Ley 1393 de 2010.*”

###### **- DE LA DURACIÓN DEL CONTRATO.**

Esta cláusula debe analizarse en conexión con aquellos derechos de explotación y gastos de administración que debieron ingresar a las entidades territoriales con ocasión de la explotación del nuevo juego que fuera asignado como autorización por parte de la entidad demandada en favor del concesionario.

Al efecto, el referido contrato dispone:

*“TERCERA: PLAZO DE EJECUCIÓN: El término de la duración de la concesión será de sesenta (60) meses, contados a partir del diecinueve (19) de abril de 2012, dicho periodo se denominará etapa operativa de OPERACIONES COMERCIALES DE LAS APUESTAS, e inicia con la suscripción del Acta de Inicio, la cual deberá tener fecha 19 de abril de 2012, previo perfeccionamiento y legalización del contrato de concesión y aprobación de la garantía única de cumplimiento...”.*”

###### **- DEL VALOR DEL CONTRATO.**

Esta cláusula nos servirá de base para efectuar la aseveración respecto del presunto detrimento patrimonial causado por la entidad demandada por la ausencia de la designación de un nuevo juego a través de la figura de la modificación del contrato del Baloto.

El contrato en mención, respecto de su valor dispone:

*“QUINTA. VALOR DEL CONTRATO, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO. El valor de*

*PARÁGRAFO TERCERO. Para todos los casos debe entenderse por valor total del contrato la sumatoria de los Derechos de Explotación más los Gastos de Administración ofrecidos por el CONCESIONARIO dentro de su propuesta durante los cinco años de duración del contrato de concesión...*

## **- DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL.**

Dentro de los límites contractuales que deben tenerse en consideración al momento de evaluar de fondo esta acción es la que regule la ecuación contractual, donde se determinaron expresamente las circunstancias para su modificación.

Al efecto, el contrato regula:

*"...QUINTA. VALOR DEL CONTRATO, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO.*

*...*

*PARÁGRAFO TERCERO: ECUACIÓN CONTRACTUAL EL CONCESIONARIO tendrá derecho a solicitar la terminación de este contrato o su reajuste en los términos del Artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y cuando se presente alguna de las situaciones que se describen a continuación, las cuales formarán parte de la ecuación contractual originaria de este contrato.*

- a) ETESA EN LIQUIDACIÓN pierda la facultad legal para operar el juego denominado LOTO EN LÍNEA – BALOTO objeto del presente contrato, y este no sea cedido en los mismos términos y condiciones a la persona o entidad que reemplace a ETESA EN LIQUIDACIÓN. Esta condición se entenderá cumplida cuando se ceda el contrato por ETESA EN LIQUIDACIÓN a la entidad que la sustituya según la ley; y*
- b) Cuando se presenten circunstancias constitutivas del hecho del príncipe, cambios normativos o, en general, circunstancias que determinen la ruptura de la ecuación o equilibrio contractual o hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de este contrato.*

*En caso de presentarse cualquiera de las situaciones descritas en los literales anteriores, el CONCESIONARIO podrá solicitar el pago de las indemnizaciones o compensaciones a que haya lugar, si estas fueran procedentes, de acuerdo con la ley.*

*En todo caso, se observará previamente lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Novena para la solución de conflictos. ...".*

## **- DE LAS OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.**

Si bien esta cláusula puede interpretarse de manera general y sin relevancia al tema en estudio, debemos manifestar que no es así, por cuanto dispone la obligación del concesionario a realizar la operación en las condiciones que se venía efectuando anteriormente, las que no contemplaban la asignación de un nuevo juego por el método de autorización de un juego nuevo, o adición tacita al objeto contratado.

Al efecto dispone:

*"SEXTA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO; EL CONCESIONARIO, además de las obligaciones especiales contenidas en el presente contrato, y demás normas aplicables, se obliga a:*

*...*

c. Realizar la operación y explotación del juego LOTO EN LINEA, a través del SISTEMA, en las condiciones y estándares operativos bajo los cuales sea operado y explotado el juego....

f. Efectuar adecuada y oportunamente la liquidación mensual de los derechos de explotación y gastos de administración.

...  
a.a. Las señaladas en el pliego de condiciones de la licitación pública por la cual se adjudicó este contrato y que se entienden incorporadas a este contrato de concesión con la firma de este documento por parte del CONCESIONARIO.

...  
e.e. Mantener vigentes las pólizas de garantía durante la ejecución del contrato en los términos señalados por el pliego de condiciones, en caso de que se suministrará (sic) pólizas anuales, deberá aportar su renovación con tres meses de anticipación a su vencimiento.

...  
ff. Solicitar y recibir autorización previa de ETESA EN LIQUIDACIÓN, antes de operar en la infraestructura de apuestas o terminales donde opera LOTO EN LINEA, otros juegos de suerte y azar que sean o no de su competencia, para lo cual deberán acordar los gastos que por utilización de la Red le corresponderán a ETESA EN LIQUIDACIÓN...".

#### - DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Esta cláusula deberá analizarse en conexidad con la referencia de que ella hiciera la quinta, que trata sobre el valor del contrato – ecuación contractual, según la cual antes de la modificación de ésta deberá seguirse el procedimiento regulado en el siguiente clausulado:

*"VIGÉSIMA NOVENA: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. De conformidad con los artículos 68 y siguientes de la Ley 80 de 1993, las partes acuerdan el siguientes procedimiento de solución directa de conflictos: ... b) En caso de desacuerdo entre las partes, sobre la ocurrencia de cualquiera de las situaciones descritas anteriormente o de que se presente un conflicto entre ellas, éstas acuerdan que dichas controversias se someterán en Primera instancia a la discusión entre el Gerente designado por el CONCESIONARIO y la persona que para estos efectos designe el liquidador de ETESA EN LIQUIDACIÓN. En caso que dentro de un término de quince (15) días hábiles des del momento en que una parte notificó a la otra del conflicto o desacuerdo no se ha llegado a un acuerdo o no sea nombrado el designado por cualquiera de las partes, el problema será sometido a discusión por parte del Liquidador de ETESA EN LIQUIDACIÓN y su equivalente dentro de la estructura del CONCESIONARIO. Si las anteriores personas no pueden llegar a un acuerdo en el término de treinta (30) días hábiles desde el momento en que les fue sometido a su consideración el conflicto o desacuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir al mecanismo de Arbitramento previsto en esta cláusula. c) Los conflictos que llegaren a surgir con ocasión de la celebración del presente contrato, de su desarrollo, ejecución, terminación o liquidación, previo el cumplimiento del procedimiento de resolución directa de conflictos anteriormente descrito, serán sometido a la decisión de un tribunal de arbitramento, de conformidad con lo previsto en las leyes colombianas, integrado por tres (3) árbitros, abogados, quienes fallarán en derecho y serán designados de mutuo acuerdo por las mismas partes, o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá, en cuyo Centro de Arbitraje y Conciliación funcionará...".*

De las anteriores referencias del contrato de concesión del Baloto, podemos concluir que:

- La obligación principal es la venta de loto en línea denominado baloto.

- La modificación de la ecuación contractual deriva de la culminación del procedimiento administrativo y de arbitramento antes de la firma del respectivo ajuste.
- El valor devengado por la concesión corresponde al porcentaje (32%) de los ingresos provenientes de las ventas brutas por concepto de derechos de explotación, y de otro (0.32) como gastos de administración.
- El concesionario aceptó ejecutar el contrato bajo las mismas condiciones y estándares operativos bajo los cuales se venía desarrollando en el anterior contrato de concesión del baloto.
- Efectuar el desarrollo del contrato en los términos previstos en el pliego de condiciones.
- La posibilidad de efectuar la venta de nuevos juegos en la plataforma utilizada para la venta del baloto, bajo previa autorización de la entidad concedente.

#### **4.9. DE LA ADICIÓN TACITA DEL OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL BALOTO - ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS.**

Con base en las consideraciones referidas con la modificación de contrato de concesión del contrato del Baloto, debemos hacer referencia a los antecedentes administrativos que conllevaron a ella, y que hacen parte del acervo probatorio allegado con este libelo de la demanda.

- **Acta de inicio de la “Revancha”, del 17 de octubre de 2012.**

El acta referida fue suscrita por el Presidente de Coljuegos y Gtech S.A.S., mediante la cual se dió el inicio en operación del juego la “Revancha”, donde al efecto de determinó:

1. *El operador realizó propuesta a Coljuegos para implementar la estrategia comercial denominada REVANCHA para el juego de Baloto, que otorga al consumidor el derecho a participar en un sorteo adicional con el objetivo de dinamizar el juego, pagando un valor adicional.*
2. *El artículo 18 del Acuerdo 054 de 2010 establece que el operador del juego y Coljuegos podrán pactar diversas formas de comercializar el producto.*
3. *El artículo 19 del Acuerdo 054 de 2010 establece que de acuerdo con las condiciones del mercado, las partes pueden acordar la frecuencia de la celebración de los sorteos.*
4. *En la cláusula sexta del literal gg) del contrato de concesión No. 887 de 2011 se establece que el valor de la apuesta podrá ser variado por el CONCESIONARIO con justificación escrita ante COLJUEGOS y de su aceptación por parte de la Entidad concedente.*
5. *COLJUEGOS autorizó mediante comunicación de fecha 10 – 09 -201 con número consecutivo 11494541, la estrategia comercial denominada REVANCHA, toda vez que resulta una variable u opción adicional de la que dispone libremente el apostador y se enmarca dentro de las posibilidades establecidas en el Acuerdo 054 de 2010.*
6. *Se cuenta con los siguientes documentos: Cronograma de implementación Baloto – Revancha, Material publicitario (POP, Comercial de TV, cuña de radio), Certificado de calidad del producto Balotera Phoenix de Smartplay International, manual de usuario balotera Phoenix, Actas de pruebas técnicas Balotera Pohoenix, Actas de pruebas y*

certificación de BDO Audit S.A., del sistema. Comunicación escrita de Coljuegos a Fiduciaria de Bancolombia ordenando la creación de las subcuentas de Revancha. definición de Beneficiario de las mismas, Distribución de los recursos y forma de realizar los pagos de operación y publicidad a Gtech S.A.S., y copia de comunicado de prensa de Coljuegos anunciando **sorteo adicional Revancha**.

7. A partir del 18 de octubre de 2012, se adiciona la realización de un sorteo al juego LOTO EN LÍNEA BALOTO, denominado REVANCHA, por lo cual los sorteos del juego a realizar son: un sorteo para BALOTO e inmediatamente un sorteo para REVANCHA, los cuales se efectuarán los días miércoles y sábados entre las 10:45 p.m. y 11:15 p.m. y serán transmitidos por un canal de televisión de cobertura nacional.
8. Se fija como valor del ticket del sorteo adicional REVANCHA el valor de \$2000 (DOS MIL PESOS M/CTE) incluido el IVA.  
*La presente acta se constituye en un anexo del contrato y hace parte integral del mismo para todos los efectos....”.*

De este escrito se puede precisar que para la autorización de la Revancha, el concedente Coljuegos, tuvo en consideración que:

- El Acuerdo 54 de 2010 proferido por Coljuegos deja la posibilidad que para comercializar un producto se pueda conferir otro, sin la previa licitación pública y contraviniendo el principio de igualdad de participación de oferentes y otros principios contractuales analizados en el acápite anterior.
- Como fundamento de la autorización se contaban con el cronograma de implementación, material publicitario pero ningún documento técnico que evidencia la necesidad de implementar esta modificación contractual ni su necesidad para mantener o recuperar la ecuación contractual.
- La Revancha genera al jugador la posibilidad de participar en un sorteo adicional.
- Se reconoce a la Revancha como un juego, de allí que se determine el valor para participar en la rifa, y el juego de la suerte para ganar el premio, típicas características de un juego de suerte y azar.

#### 4.10. DOCUMENTOS Y ESTUDIOS PREVIOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL BALOTO.

Como punto de referencia de los antecedentes contractuales es del caso señalar los parámetros previos bajo los cuales los oferentes prepararon sus propuestas para la adjudicación del referido contrato de concesión, de los cuales podemos resaltar:

- Respecto del **objeto de la licitación**:

*“... DESCRIPCIÓN DEL OBJETO A CONTRATAR CON SUS ESPECIFICACIONES:*

*OBJETO A CONTRATAR:*

*Generalidades: El objeto del proceso de contratación es la operación de un juego TIPO LOTO en línea, Clasificado como MINI LOTO con una matriz 5/28, en todo el*

*Territorio Nacional, en forma sistematizada en línea y tiempo real, a través de contrato estatal de Concesión en los términos de la Ley 643 de 2011, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, lo cual constituye una modalidad de juego de suerte y aza donde le jugador, a través de boleto o ticket emitido por el operador, selecciona o indica las cifras de su preferencia sobre un sorteo a realizarse en una fecha determinada, que si coinciden con los resultados el juego, lo harán acreedor a un premio en dinero, sujetándose en cuenta a las reglas del juego al Acuerdo 006 de 2005 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. ...”.*

Esta reseña nos resalta que desde el inició de la etapa precontractual a los oferentes no se les indicó la voluntad de la administración de adicionar el objeto a contratar asignando, la posibilidad de la explotación de un nuevo juego, tal como en efecto ocurrió.

- Respecto del **punto de equilibrio** dispuso el mismo documento:

*“... PUNTO DE EQUILIBRIO*

*El operador deberá probar que el juego le es rentable. Para el concesionario su punto de equilibrio depende especialmente de sus inversiones y obligaciones económicas que hubiere contraído para desarrollar el proyecto; de tal forma que a mayor inversión y deuda su punto de equilibrio será más alto; esto nos lleva a concluir que en la medida en que los proyectos sean más grandes será más difícil la recuperación de la inversión, máxime si tenemos en cuenta que los contratos serán con un plazo máximo de 5 años; por ello al inicio del proyecto la infraestructura física debe ser la mínima, igualmente buscar alianzas estratégicas donde unos y otros antes de generar nuevos costos, obtengan un valor agregado a sus inversiones existentes.*

*Es fácilmente demostrable que es mucho más viable el juego para quien decide contratar una red de apuestas ya montada, en cuyo caso, le cancela al distribuidor un porcentaje determinado, frente a aquel que dedica montar su propia red de apuestas en su totalidad y por cuenta, lo cual incrementaría su inversión. ...”.*

Se resalta que el punto de equilibrio quedó limitado por las actuaciones que debe surtir el concesionario para la ejecución del contrato, aleas que este asumió al momento de la firma del respectivo contrato.

- En cuanto a los **riesgos asumidos por el concesionario**, el referido escrito de estudios previos contempló al respecto:

*“... Por lo tanto, no procederán reclamaciones del contratista basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el Contratista y – consecuentemente – la Empresa Territorial para la Salud – ETESA no hará reconocimiento alguno, ni se entenderán que ofrecen garantía alguna al Contratista, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el Contrato:*

*b) Los efectos, favorables o desfavorables, de la alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de la variación en las variables del mercado, tasas de cambio o que no exista cubrimientos o compensaciones de parte de la Empresa Territorial para la Salud – ETESA, como consecuencia de la variación supuesta o real entre cualquier estimación inicial de las condiciones de ventas y acertabilidad de premios frente a las realmente obtenidas.*

*(...)*

*e) En general, los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del contratista necesarias para la cabal ejecución de este contrato, relacionadas con la*

consecución de la financiación, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos utilizados, los equipos y materiales requeridos, entre otros.

(...)

j) En los eventos en los cuales el plazo del contrato y el valor del mismo son insuficientes para recuperar la inversión, como consecuencia de circunstancias propias de la operación, administración y ejecución del contrato, como puede ser el caso de idoneidad del personal ofrecido, daño o falta de equipos o recursos tecnológicos, poca publicidad, puntos de ventas y terminales suficientes, escasez de insumos o materia prima etc., o por incumplimiento de terceros, y en general cualquier hecho o circunstancia que dificulte la ejecución del contrato, imputable al CONCESIONARIO, o a la situación económica, política o de cualquier índole en el país.

(...)

Las partes aceptan de manera expresa la distribución de riesgos que resulte de o acordado en el futuro contrato, y por lo tanto, cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la concurrencia de los mismos, está plenamente compensado a través de la participación en los beneficios derivados en la ejecución del contrato, bajo las condiciones y términos que le son aplicables...".

Esta reseña de los riesgos asumidos deberá analizarse en conjunto con las estipulaciones contractuales definidas al respecto en el contrato de concesión, y que son parte integral de éste, por cuanto se asume de la lectura que el concesionario asume todos los riesgos por la venta del baloto derivados de los avatares del mercado, lo que claramente limita las modificaciones o adiciones del contrato en beneficio del concesionario por parte de la demandada, límites que no se tuvieron en consideración.

Es del caso señalar al despacho, que el escrito de documentos previos que es analizado en éste acápite fue conseguido en la web, sin que se hubiese tenido acceso al formato final del mismo, el cual deberá ser allegado por la demandada dentro del término probatorio.

## **5. DE LOS DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS.**

### **5.1. DE LAS CONSIDERACIONES DE PRESUNTA VULNERACIÓN.**

#### **- ASPECTOS PRELIMINARES.**

Como ha sido analizado en esta acción, tenemos que la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha determinado la existencia de unos requisitos esenciales para la adición del objeto de un contrato de concesión, a saber:

- Cuando sea necesario y obligatorio para el cumplimiento del objeto principal.
- Su empleo debe ser excepcional.
- El objeto adicional debe estar ligado al objeto principal.
- El objeto adicional es indispensable y necesario para cumplir con el contrato.

Pero estas causas no dan origen directo a la respectiva adición, pues tal como lo afirma la Corte Constitucional es necesario que el origen de la modificación obedezca a una causa real, cierta, sustentada y probada, la cual no puede alterar la esencia del objeto y convertirlo en otro tipo de negocio jurídico.

Es por ello que la modificación del contrato que se efectúe en desconocimiento de las anteriores precisiones, vulnera claramente los principios de la función pública y de la contratación estatal, como los siguientes:

- Igualdad de oferentes.
- Selección objetiva.
- Libre competencia o concurrencia

Sin el cumplimiento de estos requisitos, tal como ya lo referimos, se estaría evadiendo la posibilidad que los oferentes del contrato conocieran las circunstancias de adición del objeto del contrato para haber tenido la posibilidad de ofertar en tales condiciones (condiciones de alteración del objeto del contrato que deben estar contempladas en los pliegos de condiciones o estudios previos), pues de otra forma se estaría beneficiando al concesionario llegando al punto de adjudicar la concesión con precios artificialmente bajo solo con el fin de, posteriormente, modificar el contrato para obtener un mayor beneficio.

En cuanto a los derechos colectivos vulnerados, igualmente el Consejo de Estado ha determinado como línea jurisprudencial que las actuaciones irregulares presentadas en los contratos estatales vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público bajo las consideraciones que el actuar de la administración debe estar sujeta a los parámetros legales respecto de los intereses de la comunidad, y un comportamiento ético en el ejercicio de la gestión de la cosa pública.

Por tales motivos, para determinar la vulneración de la moralidad administrativa en materia contractual el operador judicial debe analizar los fines que debe cumplirse con la actuación efectuada para determinar la presunta vulneración de los fines en que deba inspirarse.

**- DE LOS DERECHOS COLECTIVOS AMENAZADOS.**

Como hemos podido determinar en el análisis efectuado en esta acción, tenemos que la actuación que genera su interposición se centra en el hecho de la autorización del juego REVANCHA al concesionario del juego de suerte y azar Baloto en línea, frente al cual tenemos las siguientes consideraciones:

- Este nuevo juego constituye una clara adición al objeto del contrato de concesión del Baloto, pues permite efectuar una actividad más de aquellas que fueran objeto del respectivo vínculo contractual.

- El nuevo juego no fue ofertado por la entidad demandada en el pliego de condiciones de la licitación del Baloto en línea, razón por la cual los oferentes no tuvieron conocimiento de su existencia, y mucho menos tuvieron la oportunidad de calcular dentro de su ecuación contractual tal hecho para ofertar en su oportunidad.
- Para su legalización no se suscribió contrato adicional al principal.
- Este juego no es parte esencial del contrato principal del juego del Baloto, ni resulta esencial para el cumplimiento del contrato de concesión.
- Bajo el velo de supuesta legalidad la entidad demandada autorizó la realización de este nuevo juego argumentando la autorización legal del reglamento que ella misma expidió desconociendo los parámetros de modificación del objeto del contrato de concesión, según hemos analizado.
- La entidad demandada argumenta la aparente realización de actividades para comercializar el producto del Baloto, cuando este nuevo juego no es necesario para el efecto, como se podrá corroborar de las pruebas allegadas al proceso donde se demuestra que en la anterior concesión del Baloto este no fue implementado, y no por eso existió desequilibrio en la ecuación contractual.
- No existió ningún procedimiento administrativo o arbitral, conforme a las reglas del contrato de concesión, según las cuales el concesionario hubiese efectuado reclamación por el rompimiento de la ecuación contractual, a efectos de seguir el debido proceso para poder adicionar el objeto del contrato como ocurrió.
- El juego del Baloto es autónomo y suficientemente exitoso en ventas como para concluir la necesidad de ofrecer un nuevo juego para su venta.
- La Revancha no es indispensable y necesaria para cumplir el contrato, pues como ya se dijo y se demostrara, la anterior concesión cumplió con el objeto de venta del Baloto en línea sin ningún tipo de adicional objeto contractual con un nuevo juego.
- No existen soportes de estudios financieros, de necesidad que demuestren y justifiquen la imperiosa obligación de la adición del objeto del contrato de concesión del Baloto, luego no se cumple el parámetro establecido por la Corte Constitucional respecto de una causa real, cierta y sustentada.

Esta adición del objeto del contrato afecta los intereses de aquellos oferentes que participaron en el proceso de licitación del Baloto en línea, pues en tal momento desconocieron para establecer su ecuación económica y

presupuestal la adición del objeto del contrato que se implementó con la Revancha, en claro detrimento de sus intereses de postulación, con lo cual se desconocieron sus derechos de igualdad de oferentes, libre competencia y selección objetiva, pues mediante este tipo de maniobras aparentemente irregulares se benefició de manera indebida al concesionario ganador del contrato, en condiciones no establecidas al momento de ofrecer el contrato de concesión.

Es por ello que resulta palmaria la vulneración del derecho de la **moralidad administrativa** contractual, pues el procedimiento seguido de adición del objeto contractual en el contrato de concesión del Baloto no cumple con los límites que al efecto disponen las normas de fundamentos y los parámetros jurisprudenciales, que entre otras ahora son de obligatorio cumplimiento conforme a las nuevas reglas fijadas por el C.P.A.C.A., pues no existe la evidencia de la necesidad de la implementación del juego de la Revancha como indispensable y necesario para cumplir con la venta del juego del Baloto.

En conexidad con lo anterior debemos señalar que con este tipo de comportamientos restrictivos, enmarcado dentro de las etapas pre contractuales, atenta contra el derecho colectivo de la **libre competencia económica**, pues no se brindó a los oferentes del contrato del Baloto la posibilidad de conocer esta adición del objeto del contrato para calcular con un mejor resultado sus ofertas.

Más que los derechos referidos, que si bien son de gran importancia en el desarrollo de los procedimientos contractuales con las normas de fundamento tenemos una de mayor relevancia o ponderación, que corresponde a la defensa del patrimonio público, pues como fue relatado en la Ley 643 de 2001 y los antecedentes de la regulación del monopolio de los juegos de suerte y azar, todas aquellas rentas provenientes de su operación tiene la destinación específica de ser destinados al sector salud de las entidades territoriales, tanto al sector salud como a pensiones, es por ello que en los diversos contratos de este tipo el concesionario debe girar los derechos de explotación directamente a los fondos de salud del nivel departamental y distrital.

Si bien el juego de la Revancha puede ser tomado como una adición del objeto del contrato de concesión del Baloto, este hecho generaría la autorización administrativa que se ha conferido para que un tercero privado explote un nuevo juego, para lo cual no se efectuó el respectivo proceso de licitación, y menos aún, se determinó un valor determinado o determinables que sobre sus ganancias debiera girar el concesionario a los fondos de salud de las entidades territoriales, evadiéndose de tal suerte, en mi criterio, el pago de los dineros por concepto de explotación del monopolio del juego de suerte y azar, en claro detrimento del erario público y en especial de los recursos de la salud, derecho que debe ser ponderado sobre cualquier otro de interés articular o contractual.

Si tenemos que la Revancha en esencia corresponde a un loto en línea, debería generar los mismos ingresos a los recursos de la salud de las entidades territoriales, con lo cual debería haber aportado tomado como referente los ingresos reportados en el primer semestre del año 2013 por el Baloto (Resolución No. 1010 del 25 de julio de 2013 de Coljuegos), que dispone al efecto:

*“ Que de conformidad con el proceso de identificación y distribución de recaudo realizado por la Gerencia Administrativa y Financiera de COLJUEGOS el valor total a transferir por concepto de la explotación de Loto en Línea –Baloto Electrónica más rendimientos financieros es la suma de CUARENTA MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON 45/100 M/CTE (\$40.797.095.531,45), correspondientes a los recursos generados por la explotación del Lotto en Línea – Baloto Electrónico, desde el sorteo No. 1222 del 01 de enero de 2013 al sorteo 1274 del 30 de junio de 2013, discriminados así:*

CONCEPTO	VALOR
DERECHOS DE EXPLOTACIÓN	\$40.116.291.586.88
RENDIMIENTOS FINANCIEROS	\$680.803.944.57
TRANSFERENCIA BALOTO ELECTRÓNICO	\$40.797.095.531.45

Esta cifra cuantiosa se puede tomar como referente para determinar los rendimientos obtenidos por el concesionario con la venta de la Revancha, los que no están siendo remitidos al sector salud pues como es obvio pues esta asignación no fue objeto de contrato de concesión como era lo debido para efectuar este cálculo.

#### **6. MEDIDA CAUTELAR.**

En consideración de los límites fácticos es dable entender que el ejercicio de las actuaciones administrativas bajo las cuales se está operando el juego de la revancha esta en claro detrimento del erario público, y en especial del sector de la salud, razón por la cual considero pertinente y razonable solicitar como medida cautelar la suspensión del acto administrativo o decisión por medio de la cual el demandado, Coljuegos, autorizó la explotación del referido juego hasta que se profiera la decisión de fondo.

#### **7. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.**

Con respecto al agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción popular, debo manifestar que el artículo 144 del CPACA, dispone la obligación de agotar el requisito de procedibilidad en la acción popular, así:

*“... Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.”*

Se establece como regla general el agotamiento previo el cual se surte con la solicitud previa a la demanda de solicitar a la entidad accionada el cese de la actuación que se considera que vulnera el derecho o interés colectivo

vulnerado, con la salvedad que tal actuación se puede omitir cuando existe un inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable.

En seguimiento de esta obligación procesal, el suscrito radico escrito ante el accionado el día 4 de diciembre de 2015, por medio del cual se solicito dar por terminada la acción de la autorización del juego novedoso de la Revancha con invocación de los derechos colectivos vulnerados por tal medida.

La accionada, en respuesta de lo anterior, en email del 31 de diciembre de 2015, niega la suspensión de la autorización dada para vender el juego de La Revancha.

En estos términos se da por presentado el requisito de procedibilidad exigido para el trámite de esta acción, para lo cual allego copia del email referido así como el escrito presentado por el suscrito

## **8. PRUEBAS.**

### **8.1. DE LAS ALLEGADAS.**

De manera adjunta con este libelo de demanda, me permito adjuntar los siguientes documentos:

- Copia del acta de inicio de venta y sorteo adicional Revancha, suscrito dentro del contrato No. 887 de 2011, por parte de Coljuegos y Gtech S.A.S.
- Copia del Acuerdo No.54 de 2010, proferido por Ministerio de la Protección Social - Coljuegos.
- Oficio del 10 de septiembre de 2012 suscrito por Coljuegos y dirigido a Gtech S.A.S., donde se autoriza la venta del juego Revancha.
- Copia del contrato No.887 de 2011, que corresponde el contrato de concesión del Baloto.
- Copia de los estudios y documentos previos del proyecto para la concesión para la operación de un juego novedoso a operar en línea y tiempo real, del tipo loto en línea, con una matriz 5/28, en todo el territorio nacional.
- Copia de escrito radicado ante Coljuegos el 4 de diciembre de 2015, solicitando la protección de los derechos colectivos, solicitando cese inmediatamente la autorización dada al concesionario para el juego Revancha.
- Copia impresión de correo electrónico, remitido por Coljuegos de fecha 31 de diciembre 2015, con respuesta a solicitud elevada.
- Copia escrito e respuesta emitida por Coljuegos de fecha 29 de diciembre de 2015, no accediendo a lo solicitado.

## **8.2. DE LAS SOLICITADAS.**

De manera comedida, me permito solicitar el decreto y práctica de las siguientes pruebas:

### **8.2.1. OFICIOS.**

#### **8.2.1.1. COLJUEGOS.**

Solicito se oficie a Coljuegos, para que remita copia hábil de los siguientes documentos:

- Antecedentes administrativos de todos los documentos de soporte y actuaciones pre contractuales del contrato de concesión No. 887 de 2011, junto con los documentos contractuales y post - contractuales.
- Certificado donde se determinen los ingresos generados por el cumplimiento del contrato de concesión No. 887 de 2011.
- Documentos administrativos de soporte que conllevaron a la autorización del juego de REVANCHA, en ejecución del contrato de concesión No. 887 de 2011.

## **9. DE LA COMPETENCIA.**

Es usted competente para conocer del presente litigio con base en el artículo 16 de la Ley 472 de 1998.

## **10. DE LAS NOTIFICACIONES.**

Las notificaciones del presente asunto serán efectuadas así:

- El representante legal de Coljuegos en la Carrera 11 No. 93A – 85, Bogotá. D.C.
- El suscrito en la secretaria del despacho o en el email [gerencia@asesoriaelectoral-ae.us](mailto:gerencia@asesoriaelectoral-ae.us).
- El señor Ministro de Salud Carrera 13 No. 32-76, Bogotá D.C.

## **11. ANEXOS.**

De manera adjunta me permito allegar los siguientes documentos:

- Los indicados en el acápite de pruebas allegadas.
- Copia de la acción para el traslado a los demandados.

Atentamente,

  
JOSE ALFREDO SALAMANCA AVILA  
C.C. No. 7.171.233 de Tunja, Boyacá.