

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C, Veintiséis (26) de Noviembre de dos mil quince (2015).

**Radicación número:** 250002326000201200244 01 (54378)

**Actor:** Inversiones Korioto S.A.S. en Liquidación

**Demandados:** Empresa Territorial Para la Salud - ETESA

**Asunto:** Acción Contractual.

**Contenido:** Rechazo de la pretensión de nulidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato- Audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad y las consecuencias de su omisión- La procedencia de los fallos inhibitorios en el ordenamiento jurídico colombiano- Régimen de los monopolios rentísticos desde el punto de vista de la función de control y vigilancia- Desequilibrio económico del contrato- Falsa motivación de los actos administrativos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora<sup>1</sup> contra la sentencia del 1 de agosto de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió:

***“PRIMERO: NEGAR LA OBJECION GRAVE** presentada por el apoderado de la parte Demandada contra el dictamen pericial obrante a folios 72 a 73 del cuaderno principal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR LA INHIBICIÓN PARA PRONUNCIARSE FRENTE A LAS PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA** del escrito de demanda, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: NEGAR LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA,** de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.”*

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Lo pretendido**

El 14 de febrero de 2013<sup>2</sup>, la sociedad **Inversiones Korioto S.A.S. en Liquidación**– presentó demanda contra **la Empresa Territorial Para la Salud – ETESA**, para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

---

<sup>1</sup> Fls. 273 – 293 del C.P

1.1. – Que se declare la nulidad de la Resolución número 1442 del 12 de noviembre de 2010, mediante la cual se declaró en incumplimiento del contrato No. C0531 suscrito el 23 de noviembre de 2007 entre ETESA e Inversiones Korioto S.A.S. en Liquidación, y que ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

1.2. – Que asimismo, se declare la nulidad de la Resolución número 0278 del 15 de marzo de 2011, proferida por el representante legal de ETESA, por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la decisión de que trata la pretensión anterior.

1.3. - Como consecuencia de lo anterior, que se declare la nulidad de la Resolución número 0597 mediante la cual ETESA liquidó el contrato C531 del 27 de noviembre de 2007.

– Que por consiguiente:

1.3.1. – que ETESA incumplió el contrato No. C0531 del 23 de noviembre de 2007 celebrado con Inversiones Korioto S.A.S. en Liquidación, cuyo objeto era autorizar la operación de 220 instrumentos de juegos MET descritos en el contrato, con plazo de duración de tres años a partir de la aprobación de las garantías.

1.3.2. – Como pretensión subsidiaria a la anterior, solicitó se declarara que durante la ejecución del contrato No. C0531 de 2007 ocurrieron circunstancias imprevistas e imprevisibles que no eran imputables al contratista, que determinaron el rompimiento de la ecuación técnica, económica y financiera del contrato.

1.3.4. – Que se condene a ETESA a indemnizar los perjuicios causados con razón u ocasión de sus incumplimientos contractuales, constituidos entre otros, por los daños directos e indirectos en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, y/o a restablecer plenamente los derechos patrimoniales de Inversiones Korioto S.A.S. en Liquidación, afectados con ocasión al rompimiento de la ecuación técnica, económica y financiera del contrato.

1.3.5. - Que consecuentemente, se incluya en la indemnización de perjuicios del cargo anterior, aquellas sumas de dinero que compensen completamente los efectos económicos, técnicos y

financieros sufridos por Inversiones Korioto S.A.S. en Liquidación, en razón del incumplimiento del contrato o la ruptura de ecuación técnica, económica y financiera del contrato.

1.3.5. – Que se liquide judicialmente el Contrato C0531 del 23 de noviembre de 2007, y en dicha liquidación se incluyan las indemnizaciones o liquidaciones que resulten a favor de Inversiones Korioto S.A.S. en Liquidación, de acuerdo con lo solicitado y lo probado en el proceso.

1.4. – Costas y agencias en derecho.

## **2. Fundamentos Fácticos.**

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

El 4 de octubre de 2004, la entidad demandada expidió la Resolución 0201 mediante la cual autoriza a Inversiones Korioto para operar sus maquinas tragamonedas en todo el territorio nacional. Como consecuencia de lo anterior las partes suscribieron el contrato No. C0186 del 23 de noviembre de 2003, por un plazo de 3 años contados a partir de la fecha de suscripción del contrato. Una vez cumplido el contenido de dicho contrato, la demandante solicitó a ETESA una nueva autorización para operar en el territorio nacional, que fue concedida por la misma mediante Resolución N° R72571, de manera tal que las partes firmaron el contrato N° C0531, cuya duración era de 3 años contados a partir de la aprobación de las garantías, lo cual ocurrió el 23 de noviembre de 2007. El valor del contrato asciende a la suma de MIL CUARENTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$1.040.775.912.00).

El 4 de febrero de 2008, la demandante solicitó a ETESA una adición al contrato de concesión N° C0531 de 23 de noviembre de 2007, para ampliar su operación en 50 maquinas adicionales, ésta fue autorizada mediante Resolución 80193 del 18 de febrero de 2008, y dio como resultado que se suscribiera el contrato adicional N° 1 de 19 de febrero de 2008. Narra la demandante que, en desarrollo de la ejecución del contrato y su adición se han presentado hechos que no le son imputables y que traen como consecuencia el desequilibrio de la ecuación económica y financiera del contrato, consistentes en la falta de análisis económico y financiero por parte de la entidad demandada al momento de regular los juegos localizados, lo cual derivó en el otorgamiento indiscriminado de licencias sin ocuparse de hacer estudios técnicos e inundando el mercado perjudicando a quienes poseen dichas licencias.



La entidad demandada otorgó en junio de 2008 una licencia a la empresa Casino Super 7 en la ciudad de San Andrés, con lo cual incumplió el contrato de concesión N° C0531 de 2007, o por lo menos, a juicio de la demandante, generó un desequilibrio económico y financiero en el mismo, pues modificó las condiciones económicas y financieras iniciales, desnaturalizando las características del monopolio, generando un perjuicio injusto e infundado en la parte actora, quien tuvo que cerrar tres de sus establecimientos en la ciudad de San Andrés, debido al detrimento de los ingresos y las ventas en dichos puntos.

El segundo hecho generador del desequilibrio económico y financiero, se deriva de la cláusula sexta numeral 3 del contrato N° C0531 de 2007, en concordancia con el artículo 4 de la ley 643 de 2001, en dicha cláusula contractual ETESA se obligó a combatir a las personas y los establecimientos que exploten la maquinaria de manera ilegal, lo cual no sucedió, sin perjuicio de las repetidas comunicaciones ( 17 de febrero de 2009, 26 de mayo de 2009, 17 de junio de 2009 y 11 de marzo de 2010) que al respecto la parte demandante elevó a la demandada. Como consecuencia de lo anterior, a su vez, la empresa demandante solicitó en dos oportunidades (19 de mayo y 3 de agosto de 2009), la intención de movilizar ciertas maquinas con el fin de evitar las consecuencias desfavorables generadas por la ilegalidad y para que produjeran los réditos esperados para el cumplimiento del contrato. Mediante Resolución 0059 del 26 de enero de 2010, la entidad demandada impidió los traslados, generando un detrimento en el patrimonio de la demandante.

### **3. Concepto de la violación.**

Para la parte actora el actuar a lo largo de los extremos temporales que dieron origen a la demanda vulneran: los artículos 63, 1602, 1603, 1608, 1609, 1610, 1616, 1618, a 1629 del Código Civil; los artículos 822, 861, 863, 870 y 884 del Código de Comercio; 2, 3, 85 y 87 del Código Contencioso Administrativo. Los artículos 3, 4, 5, 14, 15, 23, 26, 27, 28, 32, 50 y 68 de la Ley 80 de 1993, la Ley 679 de 1994 y la Ley 643 de 2001,

Como argumentos de la violación expuso los siguientes:

#### **A. Falsa Motivación.**



Al respecto, argumenta el demandante que la motivación expuesta en la Resolución mediante la cual se decidió declarar el incumplimiento del contrato es falsa, comoquiera que los hechos se encuentran fuera de la realidad. En primer lugar, por cuanto ETESA no tuvo en cuenta la realidad del contrato, es decir que fue la demandada quien mediante el indebido manejo del monopolio rentístico, así como por su falta de intervención al momento de evitar la proliferación de establecimientos ilegales, incumplió el contrato y no la demandada. En segundo lugar, la parte demandante expone que no es cierta la aseveración que hace la entidad demandada frente a la falta de la renovación de la garantía única del contrato, pues la misma fue cancelada tal y como consta en el contrato N° C0531 del 23 de noviembre de 2007.

De tal manera que a juicio de la parte actora, las Resoluciones que decretaron el incumplimiento del contrato por parte de la misma, carecen de los fundamentos que la jurisprudencia le ha dado a la teoría de la motivación de los actos administrativos, como lo son la veracidad, la suficiencia y la proporcionalidad.

#### **B. Incumplimiento contractual del demandado.**

Sobre el particular, la parte actora señala que al haberse desarrollado un contrato bilateral, del mismo por su naturaleza se desprenden una serie de obligaciones tanto para el contratante como para el contratista, y que en ese orden de ideas también le es exigible en el caso concreto a la parte demandada llevar a buen término el contrato, lo cual se traduce en cumplir a cabalidad con todas sus obligaciones; sin embargo, según la actora, ello no ocurrió en el sub iudice, comoquiera que ETESA incumplió con las obligaciones señaladas en la cláusula sexta del contrato *sub examine*, y la buena fe contractual. Lo anterior, pretende la parte demandante, que se erija como un trastorno grave en la ejecución del contrato, que derivó en un perjuicio para el demandante comoquiera que dicho incumplimiento sesgó el desarrollo normal de la relación contractual, deviniendo en el desequilibrio de las condiciones económicas y financieras de la misma.

En el mismo sentido, hace referencia el demandante al hecho de que la entidad demandada desconoció tanto las cláusulas contractuales como la ley, al no ejercer acción alguna frente a las actividades ilegales que se adelantaron en desarrollo del contrato de concesión, comoquiera que la Ley 643 de 2001 en su artículo 4 literal g), establece:

*“Juegos prohibidos y prácticas no autorizadas. Solo podrán explotarse los juegos de suerte y azar en las condiciones establecidas en la ley de régimen propio y de conformidad con su reglamento. La*

*autoridad competente dispondrá la inmediata interrupción y la clausura y liquidación de los establecimientos y empresas que los exploten por fuera de ella, sin perjuicio de las sanciones penales, policivas y administrativas a que haya lugar y el cobro de los derechos de explotación e impuestos que se hayan causado.(...)*

*g) La circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar que no cuenten con la autorización de la entidad o autoridad competente, desconozcan las reglas del respectivo juego o los límites autorizados. Las autoridades de policía o la entidad de control competente deberán suspender definitivamente los juegos no autorizados y las prácticas prohibidas. Igualmente deberán dar traslado a las autoridades competentes cuando pueda presentarse detrimento patrimonial del Estado, pérdida de recursos públicos o delitos.”*

De lo anterior se desprende, en primer lugar que dicha operación ilegal se presentó como un elemento nocivo y externo que impidió a la parte actora cumplir de manera libre y pacífica con sus obligaciones contractuales, por ende generando la perturbación del equilibrio contractual.

### **C. Incumplimiento por parte de ETESA del principio de Buena Fe Contractual.**

La presente se circunscribe a demostrar que a lo largo de la ejecución del contrato N° C0531 del 23 de noviembre de 2007, la parte demandada desplegó todo tipo de conductas que fueron contrarias a tener una actitud de permanente colaboración y fidelidad con la otra parte durante dicha ejecución, lo cual conlleva a que surja una obligación a cargo de quien vulnera dicho deber de conducta, consistente en responder por todos y cada uno de los perjuicios, sobrecostos y daños causados al contratante. Consecuentemente con lo anterior, señala la parte demandante, que ETESA debió haber desplegado acciones tendientes a evitar que operadores ilegales entraran en el mercado; y a su vez, que debió haber permitido que la empresa demandante trasladara algunas máquinas con el mero objeto de mejorar los ingresos que se vieron disminuidos como consecuencia de la operación ilegal y de la entrega indiscriminada de licencias por parte de la entidad demandada a lo largo del territorio nacional.

### **D. El rompimiento de la ecuación técnica, económica y financiera del contrato.**

El demandante señala que existe un principio básico en la contratación estatal, consistente en que debe existir una suerte de igualdad o equivalencia patrimonial entre las obligaciones contraídas por el contratista y el precio pagado por el contratante como remuneración de la obligación cumplida, lo cual debe mantenerse a lo largo de la ejecución del contrato, siendo



entonces el derecho que tienen las partes de la relación contractual a que durante la ejecución del contrato se mantenga tanto la ecuación contractual como las condiciones de ejecución del contrato planteadas al momento de su celebración. Lo anterior adquiere importancia para el caso concreto, en la medida en que, a juicio de la demandante, como contrapartida de las facultades excepcionales que poseía la entidad demandada en la ejecución del contrato, la primera tiene el derecho a que se mantuviera la ecuación económica y financiera del contrato hasta por vía judicial, cuando se ha visto afectada por causas que no le son atribuibles, tal y como sucedió en el *sub lite*.

### **3. El trámite procesal**

3.1- Admitida la demanda y notificada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista. El apoderado de ETESA, en su escrito de contestación a la demanda, manifestó que si bien esta ejercía control sobre el monopolio rentístico de los juegos de azar, lo mismo no significa que tuviere la obligación de coadyuvar al contratista a cumplir sus objetivos comerciales, mucho menos evitando la posible competencia que pudiera llegar a tener, pues era deber del concesionario asumir los riesgos derivados del éxito o el fracaso de la operación. Asimismo, la parte demandada señala que la operación ilegal de juegos de suerte y azar comporta para quien las ejerza sanciones de tipo administrativo e incluso penal, pero en ningún momento podrá pretenderse que dichas conductas sean más que un fenómeno comercial previsible que debe asumirse por parte del contratista como un riesgo para sus ganancias.

Frente a la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la empresa demandante, estableció que la misma fue debidamente motivada comoquiera que el contratista se encontraba en mora en el cumplimiento del pago de los derechos de explotación y gastos de administración, lo cual permitió que la entidad demandada hiciera exigible la obligación de manera inmediata. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, admitió unos hechos, negó otros, y manifestó que otros debían ser probados en el proceso. Adicionalmente, propuso la excepción de falta de causa sustantiva para la acción, por cuanto la concesionaria pretende no asumir el riesgo de la operación a su cargo, lo cual sería configurar un derecho en su favor que es inexistente. A su vez, propuso las excepciones de cumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada, y de incumplimiento del contrato por parte de la demandante; respecto de la última se circunscribe al hecho de que la empresa actora incumplió sus obligaciones contractuales. Finalmente propuso las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El 2 de octubre de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para resolver las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda, consistentes en la declaratoria de nulidad de las Resoluciones que promulgaron el incumplimiento del contrato y procedieron a liquidar el mismo; lo anterior por cuanto, a juicio del Tribunal, no se adelantó el trámite de conciliación extrajudicial exigido por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, respecto de las pretensiones que buscaban la nulidad de los actos administrativos. A propósito de las demás pretensiones suplicadas en el libelo demandatorio, las negó.

Como fundamento de su decisión el *A quo* expuso:

- En primer lugar, que la discusión se contraía a determinar si se acreditaron los presupuestos necesarios para que opere la excepción de contrato no cumplido, o si es posible, establecer las bases para fundamentar la pretensión subsidiaria, y poder determinar que se rompió la ecuación financiera del contrato C0531 y si le es atribuible a ETESA. Una vez delimitada la controversia, el *A-quo* considera, que si bien la entidad demandada expuso como una de las razones para fundamentar las Resoluciones que decretaron y confirmaron el incumplimiento del contrato por parte de la demandada, el hecho de que esta última no extendió la garantía única estatal, dicha circunstancia no fue el único argumento ni tampoco el determinante para tomar la decisión.

- Frente al dicho de la parte actora, el Tribunal de Primera instancia, determinó que en ningún momento se logró acreditar el supuesto incumplimiento grave por parte de la entidad demandada para que se pueda hablar de la excepción de contrato no cumplido, lo cual lleva al *a-quo* a concluir que el incumplimiento del contrato se dio por hechos atribuibles a la empresa Korioto S.A.S en Liquidación y que bajo ningún parámetro pueden ser atribuibles a la demandada, máxime cuando esta última actuó dentro del rango de las normas del orden legal y constitucional.

- Respecto de la pretensión del restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, por ser la misma subsidiaria, y siguiendo la línea argumentativa que estructuró el análisis del primer cargo (incumplimiento contractual por parte de la entidad demandada), ante la negativa de la primera, se deriva el rechazo de la segunda.

- Finalmente, el juez de primera instancia señaló que existió una errada interpretación respecto de la figura del monopolio rentístico por parte de la empresa actora desde el punto de vista de que el estado en ningún momento delega la titularidad de dicho monopolio al permitir a los particulares su explotación de manera indirecta, comoquiera que el ordenamiento superior predica que dicha potestad es indelegable. Así las cosas, el Tribunal indica que la conducta desplegada por la entidad demandada al autorizar a más de un operador en un determinado lugar, obedece y se ajusta a la finalidad que la Constitución le brindó a la figura del monopolio rentístico, en donde el Estado puede a través de estos procurar por cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones.

Respecto del supuesto incumplimiento del contrato por parte de ETESA al no actuar frente a la operación de establecimientos ilegales, resalta el *a-quo* que de acuerdo con la normatividad establecida en el artículo 10 del decreto 146 de 2004<sup>3</sup> y el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 643 de 2001<sup>4</sup>, es del resorte de la entidad demandada diseñar políticas para el control de la operación ilegal de juegos de azar, pero que tal atribución no puede entenderse como una obligación en su cabeza para ejercer funciones de control y vigilancia comoquiera que la titularidad de las mismas residen en la Superintendencia Nacional de Salud tal y como lo dispone el artículo 45 *ibídem*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> De la Vicepresidencia Comercial. Son sus funciones:

1. Proponer y diseñar estrategias para vigilar y controlar la operación ilegal de juegos de suerte y azar.
2. Proponer y diseñar estrategias para vigilar y controlar la evasión y elusión de los derechos de explotación de juegos de suerte y azar.(...)

<sup>4</sup> (...)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.

<sup>5</sup> Artículo 45. Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud. Además de las que se señalan en las diferentes normas sobre su creación y funcionamiento, le corresponde al Gobierno Nacional por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud, las siguientes funciones:

- a) Vigilar el cumplimiento de la presente ley y de los reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, así como el mantenimiento del margen de solvencia;
- b) Vigilar el cumplimiento de los reglamentos relacionados con los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicables a los mismos, derechos que no podrán ser inferiores a los establecidos para juegos nacionales similares;
- c) Llevar las estadísticas y recopilar la información relacionada con la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar; d) Intervenir o tomar posesión de las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuando su funcionamiento pueda dar lugar a la defraudación del público y en los eventos que para preservar el monopolio señale el reglamento;
- e) Las demás que le asigne la ley y los reglamentos.

Parágrafo 1°. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá la vigilancia y control sobre el cumplimiento de los reglamentos de los juegos promocionales a que se refiere el artículo 30 de la presente ley, así como el cumplimiento de las disposiciones de protección al consumidor en desarrollo de los mismos. Para el efecto contará con las facultades asignadas en el Estatuto de Protección al Consumidor y las jurisdiccionales asignadas en la Ley 446 de 1998.

Como consecuencia de lo anterior, el *a-quo* señaló que las pretensiones no tienen vocación de prosperar.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 28 de octubre de 2013, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación<sup>6</sup> mediante el cual solicitó que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Para lo anterior argumentó:

(i) Respecto de la decisión inhibitoria frente a las pretensiones primera, segunda y tercera del libelo demandatorio, el recurrente alega que de acuerdo con la jurisprudencia solo puede haber fallo inhibitorio en el evento en el cual se configure la falta de jurisdicción del juzgador; o bien porque el juez, una vez agotadas todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece para fallar, y adoptadas por él la totalidad de las medidas conducentes a proferir una decisión, siga siendo imposible emitir un juicio de fondo. Con fundamento en lo anterior, la parte demandante predica que el juez debe hacer valer el derecho sustancial sobre el formal, más aún cuando dentro de la solicitud de conciliación prejudicial, se esbozaron los temas que tenían que ver con las resoluciones demandadas.

(ii) en segundo lugar, el recurrente en el recurso de alzada, señala que el *a-quo* interpretó de manera errada la figura del monopolio rentístico así como la forma en que el Estado puede manejarlo; asegura el demandante que el monopolio rentístico es una actividad que debe respetar el interés público y social, pero cuando el mismo se delega se debe realizar con ciertos parámetros de respeto a las normas de la lógica económica dentro del mercado. Lo anterior obedece a que el contrato sobrelleva una serie de intereses para quienes lo celebran, y en el caso concreto esos intereses se reducen en que el contratante pretende obtener la mayor cantidad de recursos en favor de la salud de los administrados a lo largo del territorio nacional; y para el contratista, se circunscribe a generar una utilidad; utilidad que fue menoscabada gracias a la indebida administración del monopolio rentístico por parte de la entidad demandada.

---

De lo anterior se desprende que, ETESA al dejar ingresar nuevos operadores en el mercado, llevo a que el contratista se viera afectado en su operación comercial, derivando en la imposibilidad de seguir cumpliendo con los pagos pactados en el contrato por parte de la demandante.

Finalmente, el recurrente hace referencia a la indebida interpretación que el *a-quo* le dio a la asunción de los riesgos por parte del contratista, comoquiera que le eran previsibles y asumibles los riesgos derivados de la falta de público o el deterioro de las instalaciones y las máquinas, pero en ningún momento pudo haber previsto que iban a entrar más operadores al mercado, más aún cuando el mercado se caracterizaba por ser reducido.

(iii) Como último argumento de su alegación, el apoderado de la parte demandante señala la apreciación incorrecta que tuvo el Tribunal respecto de las obligaciones contraídas por la entidad demandada en lo referente a combatir los establecimientos ilegales, pues en su perspectiva, el contratista no está en la obligación de soportar la falta de diligencia e ineficiencia de la administración frente a la violación de las normas y la ilegalidad, siendo que dichas fueron debidamente informadas y frente a las cuales la entidad demandada hizo caso omiso. En tal sentido, recalcó que la obligación de combatir los establecimientos ilegales por parte de la entidad demandada es de orden legal comoquiera que la Ley 643 de 2001 es clara respecto de la misma, como lo dispone su artículo 32:

*“(...) La explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Los derechos serán de los municipios y el Distrito Capital y se distribuirán mensualmente durante los primeros diez (10) días de cada mes.*

*(...) Los juegos localizados que a partir de la sanción de la presente ley pretendan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, deberán contar con concepto previo favorable del alcalde donde operará el juego.”*

Además, menciona que el literal a) del artículo 44 *ibídem* dispone:

*“Sanciones por evasión de los derechos de explotación. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar y de las sanciones administrativas que impongan otras autoridades competentes,*

*y la responsabilidad fiscal, las entidades públicas administradoras del monopolio podrán imponer las siguientes sanciones:*

*a) Cuando las entidades públicas administradoras del monopolio detecten personas operando juegos de suerte y azar sin ser concesionarios o autorizadas proferirán, sin perjuicio de la suspensión definitiva del juego, liquidación de aforo por los derechos de explotación no declarados e impondrá sanción de aforo equivalente al doscientos por ciento (200%) de los derechos de explotación causados a partir de la fecha en que se inició la operación. Además, podrá cerrar sus establecimientos y deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad penal competente. Las personas a quienes se denuncie por la operación ilegal de juegos de suerte y azar podrán ser suspendidas mientras se adelanta la respectiva investigación, y no podrán actuar como tales durante los cinco (5) años siguientes a la sanción por parte del Estado, si efectuada la correspondiente investigación hubiere lugar a ella (...)"*

Con lo cual, el recurrente argumenta que el tribunal desconoció la literalidad de la norma, brindándole facultades a una entidad que a su juicio no poseía, en referencia al análisis que realizó el *a-quo* en la parte motiva de la providencia de primera instancia, donde señaló que la entidad con funciones de vigilancia en el caso concreto es la Superintendencia Nacional de Salud.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Concedido el término a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos de conclusión y rendir concepto de fondo, respectivamente, la parte demandada alegó de conclusión. El Ministerio Público guardó silencio.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de algunos de los conceptos adoptados por el *a quo* como *ratio decidendi* para sustentar su decisión, junto a otros que la Sala estima necesarios para la decisión que habrá de tomarse, así: (1) La audiencia de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad y las consecuencias de su omisión. (2) La procedencia de los fallos inhibitorios en el ordenamiento jurídico colombiano. (3) El régimen de los monopolios rentísticos, desde el punto de vista de la función de control y vigilancia. (4) El desequilibrio económico del contrato. (5) La falsa motivación de los actos administrativos.

Seguidamente se reseñarán las pruebas que obran en el expediente, y por último, con base en el acervo probatorio y los conceptos anteriormente examinados, se realizará el análisis del caso concreto, se estudiarán los siguientes aspectos : i) si le asistió la razón al *a-quo* al inhibirse respecto de algunas de las pretensiones; ii) Si se le puede endilgar responsabilidad a la entidad demandada por haber incumplido sus obligaciones de vigilancia y control, de acuerdo con aquello que la legislación en el caso de los monopolios rentísticos dispone. Iii) si se presentó el desequilibrio contractual alegado en la demanda y en el recurso de apelación.

### **1. La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y los efectos de su omisión.**

Sobre la conciliación extrajudicial es necesario tener en cuenta que el artículo 37 de Ley 640 de 2001, dispone que en los asuntos susceptibles de conciliación de los que tiene conocimiento la jurisdicción contencioso administrativa, antes de ser presentados a dicha jurisdicción, deberán ser objeto de conciliación extrajudicial en derecho<sup>7</sup>.

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el cual un número determinado de personas inmersos en una controversia jurídica, se reúnen para desatarla con la ayuda de un tercero que no posee facultades decisorias, pero que sirve como mediador neutral y quien da fe del eventual acuerdo al que llegaren las partes; acuerdo que una vez aprobado es totalmente vinculante para quienes lo suscriban. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

*Sentencia C-165 de 29 de abril de 1993. “La conciliación es no solo congruente con la Constitución del 91, sino que puede evaluarse como una proyección, en el nivel jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la Carta en su integridad. Porque, siendo la jurisdicción una forma civilizada y pacífica de solucionar conflictos, lo es más aún el entendimiento directo con el presunto contrincante, pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una*

---

<sup>7</sup> Ley 640 de 2001, Artículo 35. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En el mismo sentido se refiere el artículo 37 ibídem

*solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir”.*

*Sentencia C-598 de 2011. “La conciliación como mecanismo de resolución extrajudicial de resolución de conflictos se ha definido como ‘un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral –conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y [sic] imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian’. La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos es la voluntariedad de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias”.*

Ahora bien, la normatividad señalada expresa que dicha conciliación se presenta como un requisito de procedibilidad, es decir, determina que previamente a acudir ante la jurisdicción la parte que pretenda demandar debe iniciar un proceso de conciliación prejudicial, al interior del cual se intente resolver el litigio con la colaboración de un tercero mediador. Concordantemente con lo anterior, la misma ley en su artículo 36 establece que si se presenta una demanda sin cumplir este requisito de procedibilidad la misma deberá ser rechazada.

## **2. La procedencia de los fallos inhibitorios en el ordenamiento interno Colombiano**

A propósito de las sentencias inhibitorias, se ha precisado que el juez, de manera excepcional, tiene la potestad de proferir un fallo inhibitorio<sup>8</sup>, y tal posibilidad queda circunscrita únicamente a eventos en los que el operador jurídico se encuentre frente a un proceso en el que, en el momento de fallar, constate que uno de los sujetos carece de capacidad para ser parte porque no son sujetos de derecho o porque el ordenamiento no les otorga dicha prerrogativa.

---

<sup>8</sup> López Blanco, Hernán Fabio. *PROCEDIMIENTO CIVIL TOMO 1*. Bogotá D.C, 2009. Dupre Editores Ltda., Decima edición. pág: 969 a 977.

Por otro lado, la jurisprudencia acuñó el término de la demanda en forma<sup>9</sup>, el cual se presentaba en un principio como una causal de inhibición derivada de la falta de cumplimiento de los requisitos formales al momento de presentar el libelo demandatorio, pero como quiera que tanto la legislación como la misma jurisprudencia han brindado la oportunidad de que dichas faltas puedan ser subsanadas, la hipótesis excepcional de proferir un fallo inhibitorio queda circunscrita a la indebida e inteligible acumulación de pretensiones; como quiera que, como se ha dejado claro, las demás potenciales causales de inhibición como consecuencia de la otrora denominada “demanda en forma” han sido recogidas por la jurisprudencia como defectos que deben ser regulados bajo el régimen de nulidad de los actos procesales, como causales de nulidad saneables o insaneables según sea el caso.

De otra parte, la Corte Constitucional se ha manifestado al respecto en los siguientes términos:

*“Hipótesis distinta es la de falta de competencia del juez, si ella corresponde a otro de la misma jurisdicción, pues entonces no tiene lugar la decisión inhibitoria, en cuanto lo procedente es el envío de la diligencias al competente. Ello es posible en tal caso, a partir del concepto de economía procesal y en cuanto no se rompe la autonomía que la Constitución consagra en cabeza de las distintas jurisdicciones.*

*Los otros casos que puedan presentarse deben ser de tal naturaleza que, agotadas por el juez todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece para resolver y adoptadas por él la totalidad de las medidas conducentes a la misma finalidad, siga siendo imposible la decisión de fondo. De tal modo que, siempre que exista alguna posibilidad de arribar a ella, la obligación ineludible del fallador consiste en proferir providencia de mérito, so pena de incurrir en denegación de justicia.”<sup>10</sup>*

De manera pues, que en el ordenamiento jurídico colombiano, conforme a la evolución jurisprudencial y el desarrollo doctrinal que se acaba de esbozar, los fallos inhibitorios quedaron restringidos a dos únicas hipótesis: i) porque alguno de los sujetos ubicados en uno de los dos extremos de la litis carece de la capacidad para ser parte, ii) porque se acumulan en la demanda pretensiones que resultan ininteligibles de tal forma que imposibilitan al juez tomar una decisión de fondo.

### **3. El régimen de los monopolios rentísticos, desde el punto de vista de la función de control y vigilancia.**

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de agosto de 1959.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-666 del 28 de noviembre de 1996.

El estudio de lo concerniente a la definición, estructuración y funcionamiento del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, se encuentra en el texto de la Ley 643 de 2001. Allí se define el monopolio rentístico 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.”<sup>11</sup>*

Ahora bien, la Ley a su vez trae una definición de lo que debe entenderse por juegos de suerte y azar, al respecto establece:

*“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.”*

Dentro del género que supone la definición anterior, se presenta a su vez en la normatividad bajo estudio, una clasificación de las diferentes modalidades de juego que son reguladas por la Ley, a saber: i) la lotería tradicional, ii) las apuestas permanentes o el chance, iii) las rifas, vi) los juegos promocionales, v) los juegos novedosos y vi) los juegos localizados, siendo estos últimos, aquellos 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. Son locales de juegos aquellos establecimientos en donde se combinan la operación de distintos tipos de juegos de los considerados por esta ley*

---

<sup>11</sup> Ley 643 de 2001. Artículo 1.

*como localizados o aquellos establecimientos en donde se combina la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicios”<sup>12</sup>.*

A su vez la norma que regula ese tipo específico de apuestas deja vislumbrar que la administración de los mismos está en cabeza de la Empresa Territorial para la Salud – ETESA, comoquiera que la misma dispone:

*“(…) La explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Los derechos serán de los municipios y el Distrito Capital y se distribuirán mensualmente durante los primeros diez (10) días de cada mes. (...)”.*

La misma normatividad otorga a la empresa encargada de la administración de este tipo de juegos, entre ellas a ETESA, mecanismos sancionadores de ciertas conductas. En efecto, el artículo 44 de la ley 643 de 2001, dispone la posibilidad que dicha entidad imponga multas a aquellos operadores que no sean concesionarios, o que no estén autorizados para explotar el monopolio, en los siguientes términos:

*“Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar y de las sanciones administrativas que impongan otras autoridades competentes, y la responsabilidad fiscal, las entidades públicas administradoras del monopolio podrán imponer las siguientes sanciones:*

*a) Cuando las entidades públicas administradoras del monopolio detecten personas operando juegos de suerte y azar sin ser concesionarios o autorizadas proferirán, sin perjuicio de la suspensión definitiva del juego, liquidación de aforo por los derechos de explotación no declarados e impondrá sanción de aforo equivalente al doscientos por ciento (200%) de los derechos de explotación causados a partir de la fecha en que se inició la operación. Además, podrá cerrar sus establecimientos y deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad penal competente. Las personas a quienes se denuncie por la operación ilegal de juegos de suerte y azar podrán ser suspendidas mientras se adelanta la respectiva investigación, y no podrán actuar como tales durante los cinco (5) años siguientes a la sanción por parte del Estado, si efectuada la correspondiente investigación hubiere lugar a ella;(..)”.*

#### **4. El desequilibrio económico del contrato.**

Por averiguado se tiene que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general.

---

<sup>12</sup> Artículo 32 *ibídem*.



Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inexecución.

Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

Por estas razones es que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico.

En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal.

Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte<sup>13</sup>, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales.

De otra parte, la doctrina ha dicho sobre el desequilibrio del contrato estatal que:

*“Las definiciones del Código Civil de contratos sinalagmáticos, onerosos y conmutativos, articuladas por los contenidos, de clara naturaleza de intervención económica, de los artículos 4 num. 3, 5 num. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, hacen surgir para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujeto a un equilibrio económico permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de la simple lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares, la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato, lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia, es que de hecho, la equivalencia de la relación puede no ser proporcional y tampoco la norma garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse , mientras que en el contrato estatal, el fenómeno de la*

---

<sup>13</sup> En este sentido cfr. M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p.73.

*conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas, aspecto este que genera obligaciones ordenadoras para la administración pública responsable del contrato estatal.*

*Nos encontramos de esa manera ante un concepto de conmutatividad especial y, por lo tanto, preferente respecto de cualquier interpretación o aproximación que deba efectuarse en los casos en que estén de por medio contratos estatales, emanada de las viejas disputas doctrinarias francesas en torno a la sustantividad del contrato estatal y que han sido retomadas de manera amplia por nuestro régimen de los contratos públicos específicamente en los artículo 5 num. 1 y 27 de la Ley 80 de 1993*

*En este sentido y sobre esta base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado propuesta en este trabajo es la del mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos, que signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad, determinaron unas condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales se debe ejecutar el contrato, las que están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también, las contingencias y riesgos previsibles que asumieron, aspectos estos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.*

*Desde la perspectiva estrictamente normativa, la institución ha sido recogida bajo la siguiente caracterización en la Ley 80 de 1993:*

*Destaca el artículo 27 inciso primero de la Ley 80 de 1993 que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*En consecuencia, el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación comercial y no exclusivamente a una de ellas. Por lo menos a esa conclusión se llega agotando el principio de igualdad constitucional (art. 13 Constitucional) y de la lectura de la relación normativa específica de la Ley 80 de 1993, específicamente artículos 4 num. 3 y 8, al igual que el 27, de donde se deduce que en razón de la reciprocidad, el equilibrio en*

*cuestión tiene una doble dirección indiscutible, correspondiéndoles el derecho, por lo tanto, a cada una de las partes, de obtener el restablecimiento cuando haya lugar al mismo.*

*Sobre esta base normativa, le nacen derechos a la administración para reclamar en caso de ruptura frente al contratista. Se destaca en el artículo 4 num. 3 de la Ley 80 de 1993 que es un derecho y un deber ineludible de la administración, en cuanto parte contractual, solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, lo cual denota que el equilibrio y su mantenimiento no es un fenómeno que atañe de manera exclusiva al contratista, sino que implica una visión de contexto de la relación comercial.*

*En tratándose de los contratistas, el fenómeno es similar, el artículo 5 num. 1 de la Ley 80 de 1993 les reconoce similar derecho al de las entidades estatales en esta materia, es decir, lo tienen para reclamar el restablecimiento de las condiciones económicas derivadas de las propuestas aceptadas y de lo concretamente pactado en los contratos celebrados. Esta situación de la procedencia en ambos sentidos del negocio del equilibrio del contrato estatal ha sido ampliamente reconocida por el Consejo de Estado”<sup>14</sup>*

## **5. La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.**

El desarrollo doctrinal de la teoría del acto administrativo identifica diversas hipótesis de vicios invalidantes de la actuación administrativa. Dentro de dicha teoría se encuentran, entre otros, los vicios por inconstitucionalidad, por incompetencia del sujeto activo, aquellos vicios derivados de la violación de la legalidad formal, los que devienen de elementos externos al acto administrativo; y, aquellos vicios de los elementos internos del acto administrativo. Dentro de estos últimos, se encuentran aquellos vicios referentes al objeto del acto administrativo, y los que se circunscriben a la motivación del mismo.

Respecto de las modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo, existe una subcalificación dentro de la cual se encuentra la figura de la falsa motivación, que consiste en aquella evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados por la administración pública<sup>15</sup>; es decir, que la violación del acto administrativo bajo este vicio en particular, procede de la inexistencia de fundamentos

---

<sup>14</sup>Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *El contrato de concesión de servicios públicos, coherencia con los postulados del Estado Social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. Tesis doctoral, sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid, Febrero de 2010. Pag. 558 ss.

<sup>15</sup> Santofimio Gamboa Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, El Acto Administrativo*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2009. Cuarta Edición. Pag. 400 ss.

de hecho y de derecho, la incoordinación de los motivos y la defectuosa calificación de estos por parte de la administración.<sup>16</sup>

Al respecto la Jurisprudencia de esta corporación ha precisado:

*“Cuando la administración, para sustentar la expresión de su voluntad, en forma errónea o intencional le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, o bien abusa de las atribuciones que los ordenamientos legales o reglamentarios le han asignado o bien toma un camino equivocado en el ejercicio de la misma”<sup>17</sup>.*

*“(…) una motivación puede ser calificada ‘falsa’, para que esa clase de ilegalidad se dé en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el actor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada ...”<sup>18</sup>.*

## 6. Hechos probados

Procede la Sala a precisar los hechos que tienen relación directa con las consideraciones expuestas en este proveído.

- a) Obra en el expediente el contrato de Concesión N C0531 del 23 de noviembre de 2007, celebrado entre La Empresa Territorial para la Salud ETESA e Inversiones Korioto Ltda. En Liquidación. – Fls. 39 – 51 C.3, en el cual se lee:

*“(…) el cual se regirá por la Ley 643 de 2001, la Ley 80 de 1993, el Decreto Reglamentario No. 2483 de septiembre 2 de 2003, las resoluciones Nos. 1074 y 1553 de 2003, 0275 y 1075 de 2004, y 1604 de 2006 expedidas por ETESA, demás normas complementarias y las cláusulas del presente contrato (...)*

*(...) **CLAUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO.- (...) PARAGRAFO SEGUNDO.-** El incumplimiento de las obligaciones económicas mencionadas anteriormente acarrea su*

---

<sup>16</sup> *Ibidem* p. 401

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 9 de mayo de 1979. ACE, t. XCVI, 1979.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de junio de 1989.

*exigibilidad inmediata junto con los respectivos intereses por mora conforme a la máxima autorizada por la Superintendencia Bancaria. (...)*

*(...) **CLAUSULA QUINTA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.- EL CONCESIONARIO** se obliga a: (...) 6) Asumir los riesgos de éxito o fracaso de la operación. (...)*

*(...) **CLAUSULA SEXTA. OBLIGACIONES DE ETESA.- ETESA** se obliga a: (...) 3) Las demás requeridas para la adecuada ejecución del objeto contractual. (...)"*

- b) Contrato adicional N° 1 del 19 de febrero de 2008 celebrado entre La Empresa Territorial para la Salud ETESA e Inversiones Korioto Ltda. En Liquidación – Fls. 52 – 62 del C. 3 –
- c) Copia autentica de la Resolución 1442 del 12 de noviembre de 2010,– Fls. 63 – 66 del C.3. –, mediante la cual ETESA declaró el incumplimiento del contrato C0531 de 2007, suscrito entre esta y la sociedad Inversiones Korioto Ltda. En Liquidación.
- d) Copia autentica de la Resolución 0278 del 15 de marzo de 2011 mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución 1442 del 12 de noviembre de 2010. – Fls. 67 – 73 del C.3. – en la cual se lee:

*"(...) son dos los presupuestos que sustentan la declaratoria de incumplimiento del contrato suscrito por INVERSIONES KORIOTO LTDA, el primero, la mora en el pago de los derechos de explotación y gastos de administración y, el segundo, la no renovación de la garantía única estatal, presupuestos que no son controvertidos por el recurrente. (...)*

*(...) Al respecto, cabe precisar que el resultado de la operación de juegos, entendida como una actividad comercial lícita del concesionario, es ajeno a la entidad que autoriza la concesión. Es precisamente el comerciante quien debe evaluar las probabilidades de éxito de su actividad, no puede endilgarse a ETESA ninguna clase de responsabilidad al respecto pues ha de recordarse que la entidad no es en ningún momento copartícipe de la actividad comercial (...).*

*(...) el incumplimiento del pago y la no renovación de la garantía, fundamentos de la resolución de incumplimiento, no se justifican pretextando la responsabilidad de Etesa frente a las funciones de control y vigilancia. En suma, el hecho de que Etesa haya cumplido o no sus funciones misionales, no es exigente de responsabilidad para el concesionario, toda vez que esta no es una obligación de índole contractual que pueda dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil."*

- e) Copia autentica de la resolución 0597 del 17 de mayo de 2011, mediante la cual se liquida unilateralmente el contrato de concesión No. C0531 del 23 de noviembre de 2007– Fls. 106 – 107 - del C.3. en el cual se resuelve:

**“ARTÍCULO SEGUNDO:** ordenar a la sociedad INVEERSIONES KORIOTO LTDA pagar a favor de ETESA EN LIQUIDACIÓN, la siguiente suma: NOVECIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE **\$904.750.741**; por concepto de:

- Derechos de Explotación: Setecientos ochenta y seis millones trescientos veintiocho mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos m/cte **\$786.328.446**
- Gastos de Administración: Doce millones doscientos doce mil quinientos treinta y ocho pesos m/cte. **\$12.212.538.**
- intereses: Ciento seis millones doscientos nueve mil setecientos cincuenta y siete pesos m/cte **\$106 209,757.”**

- f) Solicitud de acuerdo de pago presentada por Inversiones Korioto Ltda. en liquidación dirigida a ETESA – Fls. 79 del C.3.- en la cual se lee:

*“Cordialmente me dirijo a Usted, para solicitar un acuerdo de pago en nuestras cuotas atrasadas (tres) ya que en la isla de San Andrés que cantábamos (sic) con 4 establecimientos de maquinas paga monedas, nos tocó cerrar uno por la mala situación en la Isla y por la competencia de la Empresa Super 7 Casino que se estableció desde agosto/2008 nos bajo las ventas notoriamente.”*

- g) Escrito mediante el cual Inversiones Korioto Ltda. en liquidación informa a ETESA el traslado de maquinas tragamonedas en establecimientos no autorizados del 20 de marzo de 2009 – Fls. 80 - 81 del C.3.-
- h) Comunicación mediante la cual Inversiones Korioto Ltda. en liquidación informa a ETESA el traslado de maquinas tragamonedas en establecimientos no autorizados del 19 de mayo de 2009 – Fls. 85 - 86 del C.3.-
- i) Escrito del 2 de junio de 2009, mediante el cual Inversiones Korioto Ltda. en liquidación informa a la oficina jurídica de ETESA que se realizó un acuerdo de pago con la Vicepresidenta de recaudos de dicha entidad – Fls. 93 del C.3.-

- j) Documento en el cual Inversiones Korioto Ltda. en liquidación informa a ETESA la existencia de un establecimiento ilegal del 17 de junio de 2009 – Fls. 94 del C.3.-
- k) Derecho de petición presentado por Inversiones Korioto Ltda. en liquidación, en el cual solicita a ETESA la revisión del contrato No. C0531 de 2007, del 8 de febrero de 2010 – Fls. 94 del C.3.-, del cual se resalta lo siguiente:

**“TEORIA DE LA IMPREVISION**

*Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del Contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Tiene aplicación cuando ocurre un hecho exógeno a las partes con posterioridad a la celebración del contrato que altera en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y que no es razonable previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato.*

*En el caso de la Sociedad que represento, resulta procedente su aplicación, dado que se cumplen las siguientes condiciones:*

- a) *La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.*
  - b) *Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.*
  - c) *Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de celebrar el contrato.”*
- l) . Solicitud presentada por parte de la empresa actora a la entidad demandada del 5 de marzo de 2010 – Fls.112 - 114 del C.3.-, en donde solicita:
    - Reducir el número de maquinas del contrato *sub examine*.
    - celebrar un acuerdo de pago con ETESA para diferir el pago de lo adeudado, para lo cual presenta propuesta de constituir una garantía real que soporte dicho acuerdo.
    - Celebrar y firmar un nuevo contrato cuya ejecución empezaría a partir del 23 de noviembre de 2010, con la finalidad de cumplir el acuerdo de pago
  - m) Documento mediante el cual Inversiones Korioto Ltda. en liquidación reitera a ETESA la existencia de un establecimiento ilegal del 11 de marzo de 2010 – Fls. 115 del C.3.-

- n) Copia simple de la póliza de seguro de cumplimiento estatal número 300000277, del 23 de noviembre de 2008, por un valor de \$226.531.890 pesos a favor de la Empresa Para la Salud ETESA en Liquidación – Fls. 132 - 133 del C.3.-
- o) Copia simple de la solicitud presentada por ETESA a la empresa aseguradora Condor S.A. Seguros Generales, para que hiciera efectiva la cobertura amparada por la póliza número 300000277 por la suma de \$135.919.134 pesos. – Fls. 134 del C.3.-
- p) Acta de Audiencia de Conciliación prejudicial celebrada ante la Procuraduría 136 Judicial II Administrativa del 15 de febrero de 2011– Fls. 149 - 151 del C.3.-.
- q) Acta No 5 y Auto No 6 dictado por el Tribunal de arbitramento convocado para dirimir las controversias contractuales entre Inversiones Korioto Ltda. y ETESA, del 3 de octubre de 2011 – Fls. 154 - 155 del C.3.-, en el cual se lee:

**“RESUELVE**

**Primero.** *Al tenor de lo previsto en el artículo 144 del decreto 1818 de 1998, declarar extinguidos los efectos del pacto arbitral consagrado en la cláusula décima tercera del contrato No. C0531 para la Operación de Juegos de Suerte y Azar Localizados celebrado entre Etesa e Inversiones Korioto Ltda., suscrito el 23 de noviembre de 2007, extinción que afecta única y exclusivamente los asuntos y controversias sometidos a este Tribunal.”*

- r) Dictamen pericial realizado en desarrollo del proceso de primera instancia practicado por David Ricardo Sánchez Albarracín, como consecuencia de la solicitud realizada por la parte demandante en el libelo demadatorio. – Fls. 1 - 19 del C.4.-

Procede ahora la Sala a examinar el caso concreto bajo la óptica de las consideraciones dogmáticas anteriormente hechas y del acervo probatorio que se acaba de reseñar.

## **7. Análisis del Caso concreto**

Como se anunció al inicio de las consideraciones de esta providencia, para resolver el caso concreto, se comenzará por constatar si le asiste razón al *a-quo*, para inhibirse de proferir un fallo de fondo respecto de las pretensiones 1, 2, y 3 del libelo demandatorio, como

consecuencia de haberse omitido incluir dentro de las pretensiones a debatir en la etapa de conciliación prejudicial lo referente a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que posteriormente fueron acusados en la demanda que dio lugar a este proceso. Para el efecto, la Sala estudiara si de la normatividad que regula la conciliación prejudicial y las consecuencias de su omisión, es posible derivar que frente a tal omisión la consecuencia deba ser que el juez que no ha advertido la ausencia del requisito de procedibilidad al conocer de la demanda, en el momento de fallar pueda alegar dicha circunstancia como motivo de inhibición.

### **7.1 Imposibilidad de proferir un fallo inhibitorio en el *sub judice*.**

Teniendo en cuenta que la argumentación en la que se fundamentó la decisión del tribunal de instancia, se circunscribió al incumplimiento de la normatividad decantada en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 por parte del demandante, en desarrollo de la etapa extrajudicial, y en particular a que el a quo consideró que en el momento de realizarse tanto la solicitud de conciliación como la audiencia en sí misma; las pretensiones tendientes a declarar la nulidad de las Resoluciones No. 1442 de 2002 y No. 278 de 2011, no fueron objeto de discusión en dicha etapa, lo cual, a su juicio, era exigida por la norma en comento; es necesario verificar si bajo las normas legales que regulan tanto la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, como aquellas que se ocupan de los fallos inhibitorios, es posible concluir que la ausencia del requisito procedibilidad habilite al juez para inhibirse de fallar el fondo del asunto.

En esta línea de pensamiento, la Sala destaca, de un lado que el legislador estableció una consecuencia clara para la ausencia del requisito, el rechazo de la demanda; hoy en el código general del proceso, la inadmisión de la misma. Ninguna otra consecuencia derivó el legislador de la omisión del intento de conciliación. De otro lado, se precisa que conforme a los lineamiento jurisprudenciales y doctrinales expuestos, la inhición es una hipótesis excepcional reducida a dos eventos concretos: incapacidad para ser parte y ininteligibilidad de la demanda; por fuera de estos no existe ningún otro motivo que permita al juez inhibirse de resolver el fondo del asunto.

De manera que si el juez, en el momento en que le corresponde decidir si admite o rechaza la demanda, no advierte la ausencia del requisito de procedibilidad y asume el conocimiento del caso, la competencia para conocer del asunto concreto queda radicada en su despacho, y no puede alegar su propia impericia al final de la instancia, negándose a resolver el litigio; pues

una vez admitida la demanda, el particular que acude ante la jurisdicción tiene la confianza legítima que su situación problemática de orden jurídico le será solucionada.

En este mismo orden de ideas, la Sala evoca que la misma jurisprudencia constitucional impone un deber en cabeza del Juez en aras de encontrar la verdad y de garantizar un debido y correcto acceso a la administración de justicia, lo cual se traduce en que el funcionario judicial debe ir mas allá de formalidades que son de mero rito y en cuanto tales no afectan ni la existencia de los actos procesales ni las garantías de las partes; y en cambio, debe utilizar todos los medios que la ley ponga a su alcance para lograr esclarecer las controversias que ante él se presentan, evitando en lo posible la toma de decisiones inhibitorias y llegar a un ámbito de justicia material<sup>19</sup>.

Así las cosas, es claro para la Sala que no es posible proferir un fallo inhibitorio con fundamento en una norma de carácter procedimental que establece una carga cuya omisión sólo tiene como consecuencia el rechazo de la demanda. Pese a que lo anterior es suficiente para revocar la decisión de primera instancia, la Sala, para abundar en razones determina, que aún en el hipotético caso que hubiese una norma que autorizara la inhibición en el sub judice no sería aplicable por los motivos que se explican a continuación. Al leer y comparar el acta de conciliación prejudicial del *sub examine* y las Resoluciones No. 1442 de 2010 y No. 278 de 2011, se encuentra que existe una relación directa entre aquello que se pretende por parte de la parte convocante al trámite conciliatorio, con los hechos que sirvieron de fundamento a la entidad demandada para declarar el incumplimiento del contrato por parte de la empresa actora.

En efecto, en las pretensiones propuestas en la audiencia de conciliación se consignó la necesidad de restablecer la ecuación financiera y económica del contrato, y los hechos que se relatan como fuente de dicho desequilibrio se alegan a su vez como las posibles causas que generaron las condiciones para que se diera la mora por parte de la empresa actora, la misma

---

<sup>19</sup> Al respecto la Corte Constitucional en sentencia Su- 768 de 2014, ha remarcado: *“El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario –sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.*

(...)

*Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material”.*

que la entidad demandada invocó como causa de la declaratoria de incumplimiento del contrato No. C0531 de 2007 . Es decir, en el debate dado en el trámite conciliatorio se discutieron cuestiones conexas tanto con los motivos que se tuvieron para expedir los actos administrativos que aquí se acusan; como para el desequilibrio económico que en la demanda se pretende sea declarado; con lo cual es evidente que el *thema decidendum* que subyace en el trámite conciliatorio y en el presente proceso es el mismo.

Además, debe tenerse presente que las normas que regulan la conciliación prejudicial no establecen como requisito que las pretensiones esbozadas en la solicitud de conciliación sean idénticas, o deban coincidir con las planteadas ante la jurisdicción. Al respecto, la doctrina ha señalado que no existe ninguna disposición que señale los requisitos básicos que debe reunir la solicitud de conciliación<sup>20</sup>, y como consecuencia de lo anterior, se tiene que las pretensiones motivo de la conciliación deberán relacionarse de manera sucinta, y será el conciliador quien determine si el asunto es conciliable o no, comoquiera que la finalidad de este mecanismo prejudicial no es convertir en una demanda la solicitud inicial.<sup>21</sup> Ante una realidad normativa como la descrita, no puede negarse al justiciable su acceso a la jurisdicción, so pretexto de la no coincidencia de las pretensiones presentadas en el trámite conciliatorio, con las inocadas en la demanda, so pretexto de que se incumplió con el requisito de procedibilidad; y mucho menos sorprenderlo con un fallo inhibitorio al final de la primera instancia. La Sala procederá, entonces, a estudiar la pretensión de nulidad incoada por el demandante en el libelo demandatorio, fundamentada sobre la existencia de una indebida fundamentación del acto administrativo que decidió declarar el incumplimiento del contrato No. C0531 de 2007 por parte de la empresa demandante; como quiera que, según el demandante, no se tuvo en cuenta la realidad del contrato en el sentido que fue la entidad demandada quien lo incumplió al darle un indebido manejo al monopolio rentístico.

## **7.2. La obligación de control y vigilancia por parte de ETESA y ausencia de prueba de su incumplimiento.**

Del estudio realizado en las consideraciones dirigidas a establecer el vínculo legal que posee la entidad demandada con el deber de control y vigilancia dentro del desarrollo del monopolio rentístico, encuentra la Sala que efectivamente existe un deber y una facultad sancionadora en

---

<sup>20</sup>López Blanco, Hernán Fabio. *PROCEDIMIENTO CIVIL TOMO 1*. Bogotá D.C, 2009. Dupre Editores Ltda., Decima edición. Pág. 582 ss.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Pág. 583.

cabeza de la Empresa Territorial para la Salud - ETESA – en los eventos que se demuestre la operación bien sea sin autorización o por parte de quien no sea concesionario, consistente en imponer una sanción a dichos operadores ilegales, sin perjuicio de las atribuciones administrativas de otras entidades, como sería la Superintendencia de Salud, en sentido no le asistiría razón al Tribunal.

No obstante lo anterior, al examinar el expediente en busca de las pruebas de tales actividades ilegales, La Sala encuentra en el expediente, únicamente dos comunicaciones en las cuales la empresa demandante informa a ETESA del funcionamiento de un operador ilegal en Bogotá en la zona de ciudad Bolívar. (Fls 94 y 115 C.3). Al establecer el valor probatorio que dichos documentos puedan tener, la Sala constata que los mismos contienen simples manifestaciones de parte y en cuanto tales no pueden ser considerados medios prueba. Así las cosas, las referidas actividades ilegales, no pasaron de ser manifestaciones hechas por la actora que carecieron de cualquier sustento probatorio.

Ahora bien, como la regla que asigna la carga de la prueba a las partes procesales, art. 167 del Código General del Proceso, establece que incumbe a las partes acreditar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, es claro que Korioto S.A.S en liquidación tenía la carga de mostrar fehacientemente la existencia de tales actividades ilegales; como no lo hizo, la consecuencia que se deriva del incumplimiento de esa carga es el rechazo de la pretensión.

De otra parte, alega el recurrente como motivo de incumplimiento del contrato que la entidad demandada suscribió con otro particular un contrato de concesión para operar en la isla de San Andrés, juegos de suerte y azar localizados; sin embargo, la existencia de dicho contrato no fue acreditada dentro del plenario. Y aún en el evento en que, en gracia de discusión, se hubiese probado la existencia de dicho contrato, ello no sería suficiente para la prosperidad de la pretensión, comoquiera que en el contrato no aparece la obligación de ETESA de suscribir de manera exclusiva con la demandante contratos de este tipo; y en el expediente no reposan ni los estudios previos, ni el pliego de condiciones, documentos que eventualmente podrían llevar a la Sala a concluir que tal obligación estaba inmersa como elemento natural del contrato.

Esta carencia de prueba imposibilita la prosperidad de la pretensión de nulidad de los actos administrativos por falsa motivación, y de contera la pretensión de que se declare incumplido el contrato por parte de ETESA.

### **7.3 Ausencia de prueba de los elementos constitutivos del desequilibrio económico**

A propósito del alegado desequilibrio económico del contrato, la Sala encuentra que el mismo se hace devenir justamente de las actividades de explotación de los juegos de azar que no fueron sancionadas por la entidad demandada; y del contrato de concesión que se celebró con otro particular; así las cosas, frente a este cargo son aplicables las consideraciones hechas en el anterior, puesto que las circunstancias que supuestamente generaron el desequilibrio no fueron acreditadas dentro del plenario, como correspondía hacerlo a quien alegaba dicha situación sobrevenida dentro de la ejecución del contrato.

Por demás observa la Sala, que si bien dictamen pericial al responder las preguntas formuladas, concretamente aquella que indagaba sobre el monto de un supuesto lucro cesante sufrido por INVERSIONES KORIOTO S.A.S, como consecuencia de las licencias otorgadas a otros operadores, la experticia, se limita a establecer una suma, sobre la base del método de estadístico de mínimos cuadrados, lo cierto es que ni el expediente ni el anexos del dictamen existe prueba de el supuesto contrato celebrado entre ETESA Y Casino Super 7.

### **7.4. El incumplimiento por la negativa a autorizar movilización de maquinaria.**

Aduce el recurrente que el Tribunal a-quo, omitió analizar el cargo relativo al incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada, al no autorizar el traslado de las máquinas a otras zonas del país.

A este respecto el recurrente alega que el *A-quo* no analizó la totalidad de los cargos, comoquiera que no se pronunció sobre la constante negativa que tuvo ETESA frente a las múltiples solicitudes realizadas por la parte demandante para mover las maquinas objeto del contrato de concesión, cuyo propósito era mejorar los ingresos de las mismas y así poder cumplir con las obligaciones derivadas del contrato.

Al respecto señaló:

*“consideramos que se obvio este aspecto que también configura el incumplimiento irrefutable de la entidad contratante ETESA lo que deriva en la nulidad de las resoluciones 1442 de 2010 y 278 de 2011. Asimismo, ese incumplimiento generó la imposibilidad de cumplir para Inversiones Korioto lo que generó el desequilibrio económico del contrato (...).”*

Sobre el particular la Sala estudia a continuación si en el contrato en comento existía una obligación expresa por parte de ETESA, consistente en permitir el traslado de máquinas tragamonedas; o si, por el contrario, el dicho del demandante carece de fundamento.

A este respecto, la cláusula primera, que desarrolla el objeto del contrato, precisa en su párrafo primero, lo siguiente: (Fl. 5 C.3)

*“en caso de reubicación de un establecimiento de comercio diferente al señalado en este contrato, el operador deberá aportar a ETESA, junto con la solicitud de autorización, el concepto previo favorable del alcalde del lugar en donde se va a operar el juego de suerte y azar. La reubicación solicitada no podrá llevarse a cabo hasta tanto ETESA lo autorice mediante acto administrativo motivado una vez en firme.”*

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, la Sala procede a examinar las solicitudes realizadas por parte de la empresa actora, y verificar si cumplen con los 2 requisitos solicitados en el clausulado del contrato: la solicitud de autorización, y el concepto favorable por parte del alcalde del lugar donde se fueren a operar dichos juegos.

A folio 80 del C.3 se presenta escrito del 7 de abril de 2009, dirigido al Vicepresidente comercial de ETESA, por la empresa demandante, del cual se destaca lo siguiente:

*“Con el debido respeto me dirijo a usted, con el fin de informar el traslado de maquinas electrónicas tragamonedas en establecimientos NO autorizados, del contrato de la referencia de la sociedad INVERSIONES KORIOTO LTDA.”*

Si bien se encuentra dentro de la documentación anexa, que existe concepto previo favorable por parte del alcalde de Neiva (Fl 83 C.3), en los formularios de solicitud correspondientes. (fl. 96 y 97 del C3) no se indica por parte de la Contratista demandante que el motivo por el cual se solicita el traslado de las máquinas sea la necesidad obtener ingresos que mantengan la ecuación financiera del contrato. Por demás, las solicitudes que no fueron resueltas se refieren a 11 máquinas de un total de 220 que fueron autorizados en dicho contrato, las que representan el 5% de las máquinas autorizadas en el contrato y que prima facie no parece tener incidencia para desequilibrar el contrato.

En efecto, obra prueba en el expediente de que de las 4 solicitudes que presentó la compañía demandante para que se le autorizara la movilización de máquinas, solo dos no lo fueron

resueltas, así se colige de lo consignado en la resolución que resuelve confirmar la declaratoria de incumplimiento por parte de Korioto S.A.S en liquidación, en la que se señala:

*“(...) mediante Resolución No. 0293 del 27 de marzo de 2009, Etesa autorizó la reubicación de 25 maquinas electrónicas en el contrato de concesión suscrito por la sociedad INVERSIONES KORIOTO LTDA. y de otras 16 el 17 de abril del mismo año, (...) atendiendo a las solicitudes radicadas bajo el numero S.G.2.0.E1-119 del 30 de enero de 2009 y E1-4661 del 7 de abril de 2009, respectivamente.*

*En cuanto a las solicitudes referidas por el recurrente, 19 de mayo y 3 de agosto de 2009, es claro señalar que de la lectura de las dos comunicaciones reseñadas por el recurrente se confirma que no contienen solicitudes explícitas por cuanto el texto de las mismas se limita a informar sobre el traslado de las maquinas, veamos:*

*“(...)*

*Con el debido respeto me dirijo a usted, con el fin de informar el traslado de maquinas electrónicas tragamonedas en establecimientos NO autorizados, del contrato de la referencia de la sociedad INVERSIONES KORIOTO LTDA.”*

*En suma, el hecho de que no se haya autorizado nuevamente (...) el traslado de las maquinas, no justifica que el concesionario dejara de pagar los derechos de explotación y gastos de administración y quiera endilgar de manera absoluta la responsabilidad en cabeza de Etesa, hoy en liquidación, pues como quedó claro (...) el operador incurrió en mora desde el 18 de mayo de 2009. Nótese que en marzo y abril del mismo año autorizó la reubicación y traslado con cargo al contrato C0531.”*

Así las cosas, no existe prueba que la solicitud de cambiar de lugar las máquinas, haya tenido como propósito conjurar el riesgo del desequilibrio de la relación contractual; y tampoco obra evidencia de que las máquinas respecto de las cuales no se autorizó su traslado, que constituye el 5% de la totalidad de los instrumentos de juego autorizados; haya ocasionado tal desequilibrio. Lo dicho es suficiente para denegar el cargo.

## **8. Costas**

Finalmente, no habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando



alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no existe prueba que señale temeridad para alguna de ellas.

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

### **R E S U E L V E**

**REVOCAR** la sentencia del 1º de agosto de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se dispone:

**PRIMERO: NEGAR TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**, con base en los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DEVÚELVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
**Presidenta de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**



**Magistrado**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
**Magistrado Ponente**

JCGO