

CONTRATO DE CONCESIÓN - Juego de apuestas

En virtud de la Ley 1 de 1.982, por la cual se crean nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud a través de la Autorización de un juego de apuestas, el Congreso de la República autorizó a las Loterías y a las Beneficencias que las administren, para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dine, y consideró el legislador, en su momento, que dichos juegos podían realizarse directamente por las entidades -loterías y beneficencias que los administran-, o mediante contrato de concesión con particulares -inciso primero del artículo 1 de la Ley 1 de 1.982

[...]

Para tal propósito, en caso de que las entidades otorgaran en concesión la explotación del juego, el art. 4 -posteriormente derogado por el art. 11 del Decreto Ley 386 de 1.983-, estableció el valor mínimo que debían pagar sobre el valor bruto de las apuestas, y acogerse a la reglamentación que se expidiera sobre la materia. También definió al reglamento los requisitos que debían cumplir quienes aspiraran a ser concesionarios, como era el caso de la aprobación por parte del Ministerio de Salud del contrato de concesión, como condición de su validez.

[...]

Sobre el particular, también conviene recordar lo que señaló esta Corporación -en relación con este mismo asunto-, análisis que se cita *in extenso* porque la Sala lo hace propio en esta providencia para responder con precisión y suficiencia al planteamiento del apelante, esto es, su enérgica refutación acerca de que el contrato que celebró no era de concesión, en lo que apoya buena parte sus argumentos de defensa, sobre todo los relativos a las obligaciones pecuniarias y al derecho a que le devuelven el valor de las regalías pagadas sobre los talonarios no usados dentro del plazo de la concesión.

[...]

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Clausula penal – Juego de chance -

Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1.150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

Bogotá, D. C, veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2.011)

No. interno: 18.017
Actor: Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes
Demandado: Beneficencia de Antioquia
Referencia: Acción contractual

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 1.998 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda. La providencia será confirmada, por las razones que pasan a exponerse.

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La sociedad Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes, demandó a la Beneficencia de Antioquia, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas -fls. 170 a 171, Cdo. 1-:

"A. PRIMERA PETICIÓN:

"Que es nulo por ilegal el acto administrativo complejo que aquí se demanda compuesto por las resoluciones No. 392 del 17 de junio de 1.993, por medio de la cual "SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO GRAVE DE UN CONTRATO, SE IMPONEN UNAS MULTAS A UN EXCONSESIONARIO Y SE

ORDENA HACER EFECTIVAS UNAS GARANTÍAS” y la resolución No. 811 del 15 de Octubre de 1.993, por medio de la cual “SE RESUELVEN UNOS RECURSOS”. Ambas resoluciones emitidas y firmadas por los Doctores LUIS GUILLERMO PARDO CARDONA, en calidad de Gerente de la Beneficencia de Antioquia y JOHN JAIRO GONZÁLEZ BUITRAGO, como secretario general de la misma entidad.

“B. SEGUNDA PETICIÓN:

“Que como consecuencia de la nulidad anterior, se ordene restablecer en su derecho a la sociedad que represento “Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes”, y se declare que no se haya (sic) legalmente obligada a pagar el valor de la multa que se le impone en la resolución que resuelve el recurso de reposición ya indicado, y en consecuencia se le exonere de este pago.

“C. TERCERA PETICIÓN:

“Que se condene a la Beneficencia de Antioquia a reparar pecuniariamente los perjuicios y el daño comercial causado a la sociedad que represento, por las razones y en la cuantía que más adelante se detallarán. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad conexas que le corresponda a los funcionarios que intervinieron en los actos demandados.

(...)

1.2. Los hechos:

Con base en la Ley 1 de 1982, el decreto legislativo 386 de 1.983 y el decreto reglamentario 33 de 1.984, la Beneficencia de Antioquia –en adelante BENEDAN- celebró con la sociedad Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes, el contrato de concesión EAP 06 DE 1.991, cuyo objeto era la explotación del juego de apuestas permanentes en dicho departamento, por

un período de dos (2) años, comprendidos entre el 7 de junio de 1.991 y el 6 de junio de 1.993.

La sociedad concesionaria cumplió las obligaciones contractuales y legales hasta la fecha de terminación del contrato, incluido el pago de la regalía a que se había comprometido. No obstante, mediante la Resolución No. 392 del 17 de junio de 1.993 –posterior a la terminación del contrato- se declaró el incumplimiento grave del mismo –decisión contenida en el artículo primero- y se impusieron dos multas:

- a) Una, por valor de \$356'400.000 –equivalente al 10% del valor del contrato-, porque el contratista cedió el negocio jurídico a terceros – artículo segundo de la resolución-.
- b) La otra multa, por igual valor, a título de cláusula penal pecuniaria, aduciendo 4 incumplimiento: i) no devolución de los talonarios del juego ni de las licencias de funcionamiento para su explotación, que quedaron en poder del concesionario cuando terminó el contrato, ii) uso de los talonarios después de la vigencia del mismo, iii) publicación de avisos en prensa invitando a la comunidad a apostar en condiciones irregulares y iv) irrespeto a BENEDAN con el aviso anterior.

En este mismo artículo se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento otorgada por El Cóndor Compañía de Seguros Generales.

La empresa concesionaria interpuso recurso de reposición, que se resolvió mediante la Resolución No. 811 del 15 de octubre de 1993, revocando el

numeral 2 de la decisión recurrida –que imponía la multa por la cesión del contrato- y modificando el artículo 3.

De esta última decisión se conservó la sanción, pero se modificaron las razones señaladas para imponerla, quedando sustentada la medida en tres hechos -y no en cuatro-, a saber: *a)* la negativa del concesionario a devolver, a la terminación del contrato de concesión, los talonarios oficiales sobrantes que pudieran encontrarse en su poder, y las licencias de funcionamiento vencidas; *b)* haber utilizado ilegalmente los talonarios oficiales, después de vencido el plazo del contrato; y *c)* haber publicado en el periódico unos avisos que creaban confusión en el público apostador e incitaban a la celebración de apuestas en condiciones irregulares.

Frente a la primera causa de incumplimiento del contrato, el actor consideró que nunca se negó a devolver los formularios que estuvieran en su poder, al vencimiento del contrato, pues quienes los tenían eran los comercializadores –personas independientes y autónomas-, y la cláusula que establece las obligaciones del concesionario señalaba que debía devolver *los que tuviera en su poder* para ese momento, no los que estaban en manos de otros –fl. 203-.

Ahora bien, en gracia de discusión, ni el concesionario ni sus comercializadores –es decir, las personas y empresas que vendían el chance para él- estaban en la obligación de devolver los talonarios sobrantes a la terminación del contrato, a menos que BENEDAN les compensara económicamente su costo, teniendo en cuenta que habían pagado anticipadamente la regalía para venderlos –es decir, la participación que le corresponde al Estado por la explotación de la actividad-, porque conllevaba

un enriquecimiento sin causa para la Beneficencia de Antioquia, y por tanto, lo lógico es "...que dicha participación se traslade a las arcas estatales, una vez se produzcan los ingresos por efectos de la explotación y comercialización del bien, sobre todo en el caso de las apuestas... es decir que la Ley obliga a pagar la regalía sobre lo que se venda, no sobre el derecho a explotar el juego por particulares. Lo que implica, que si sobran talonarios que no fueren utilizados por el concesionario o los comercializadores autorizados, la Entidad Concedente debe devolver el valor pagado por esas posibles ventas que no se realizaron, sobre todo por culpa de la misma entidad concedente..." (fls. 204, Cdno. 1).

En relación con la devolución de las licencias de funcionamiento que se le entregaron a los comercializadores del concesionario, el demandante señaló que tenían como fecha de expiración la misma de duración del contrato de concesión, por tanto, vencido el plazo perdían validez. Además, tradicionalmente, y aún cuando se hubiera pactado su devolución, la beneficencia no lo exigió, y seguramente "han ido a parar a la basura", porque cada comercializador a quien BENEDAN se la expidió sabía que ya no tenían utilidad. Asimismo, la falta de devolución de las licencias tampoco le ocasionó a la entidad perjuicio económico que justificara la imposición de la multa.

En relación con la segunda razón que sustentó fácticamente la sanción, señaló que si acaso terceras personas vendieron chance, después de vencido el contrato, no lo hicieron en nombre y representación del concesionario, porque ya había expirado el vínculo contractual.

Sobre la tercera razón que sirvió de soporte a la sanción, indicó que el concesionario no suscribió el aviso de prensa publicado en el diario El Colombiano, 12 días después de terminado el contrato, donde se indicaba que los talonarios que quedaron en poder de los comercializadores eran oficiales y los iban a usar hasta que se agotaran. Por esta razón la sanción tampoco era improcedente.

Finalmente, expresó que la sanción se impuso por fuera del plazo del contrato, es decir, que fue extemporánea, y por eso BENEDAN carecía de competencia para hacerlo -fl. 214-. Además, precisó que las sanciones que se le podían imponer eran las previstas en el régimen legal especial de las apuestas, es decir, el decreto reglamentario 33 de 1984, que consagra las sanciones que los concedentes le pueden imponer a los concesionarios, entre cuyas medidas la máxima que se podía aplicar era una multa de \$250.000, la primera vez, del doble en la segunda y la caducidad la tercera vez -fl. 211-.

2. La contestación de la demanda.

BENEDAN se opuso a las pretensiones de la demanda -fls. 232 a 241, cdno. ppal.-. Explicó que en desarrollo del contrato, el actor ya había incumplido parte de sus obligaciones, y por eso fue sancionado antes con una multa de \$250.000.

En relación con la última sanción impuesta -la que es objeto de esta acción contractual-, señaló que el incumplimiento de la parte demandante fue general, y además considerado grave por BENEDAN, tanto que no consumió el mínimo de talonarios pactados para la vigencia del contrato.

Señaló que el contratista no sólo tenía obligaciones que debía cumplir durante la vigencia del contrato, sino que posteriormente estaba obligado a devolver los formularios de apuestas que tuviera en su poder –y que no usó durante el plazo de la concesión-. Precisamente, el demandante fue requerido para ello, sin embargo no lo hizo, causando graves perjuicios a la entidad, porque los talonarios que éste entregó a sus socios directos o indirectos y agentes comercializadores –que la representaban-, continuaron en el mercado, sin contrato de concesión que los autorizara, prorrogándose indefinidamente la explotación del monopolio.

Aclaró que si bien es cierto la empresa demandante canceló anticipadamente la regalía a la que se había comprometido, eso solo le confirió derecho a utilizar los formularios del chance durante la vigencia del contrato, no después.

Por estas razones, la multa impuesta para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria se fundamentó en hechos ciertos, determinantes de graves incumplimientos. Basta considerar que la demandante tenía un inventario aproximado de 1'500.000 talonarios, que sus representantes continuaron explotando en el mercado hasta su agotamiento. Además, al vencimiento del contrato el actor tampoco realizó las diligencias necesarias para que sus comercializadores devolvieran los formularios, los cuales llevaban el logotipo de Empresarios Asociados SA. Apuestas Permanentes.

BENEDAN reconoció que han existido dificultades para controlar el juego de chance en el formulario oficial, pero que se hizo todo cuanto era posible

ejerciendo acciones policivas, de rentas y penales, y añadió que esa problemática también la propiciaron los agentes comercializadores y socios de la empresa demandante, al abusar de la condición de único concesionario y de su posición privilegiada en el mercado.

De otro lado, en relación con la solicitud de indemnización por los formularios que quedaron en poder del concesionario al terminar el contrato –sobre los cuales pagó la regalía con anticipación-, indicó que no puede olvidarse que al demandante lo que se le otorgó fue un negocio de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes, no un simple contrato de distribución y reventa de talonarios, por eso no existe causa para indemnizarlo –devolviéndole el valor de la regalía de los formularios no explotados-, porque los ingresos del negocio están fundamentados en la asunción del riesgo de ganar y perder, según las apuestas que cursaran en su nombre y representación.

Aceptó así mismo que ante el vencimiento del contrato, y dada la posición de la sociedad demandante, la Beneficencia de Antioquia -por motivos de urgencia calificada y grave detrimento económico para el Departamento- celebró contratos con quienes quisieran explotar el mercado, bajo las condiciones legales y las propuestas por la entidad.

Finalmente, propuso la excepción de indebida acumulación de pretensiones, porque el actor pidió la nulidad de los actos administrativos y también una indemnización por causas distintas a la de la sanción –la falta de prórroga del contrato-.

3. Trámite del proceso

En el trámite de la primera instancia se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión -fl. 423, cdno. 1-:

3.1. Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes, reiteró, en lo esencial, los argumentos y razones expuestas en la demanda, haciendo especial énfasis en la falta de competencia de la Beneficencia de Antioquia para adelantar la actuación administrativa que culminó con la imposición de la multa, por el supuesto incumplimiento de la que llamó una "condición contractual secundaria", considerando que en la fecha en que se inició el proceso administrativo e impuso la sanción había terminado la relación contractual, y por ello la entidad había perdido la potestad sancionatoria.

De igual manera, manifestó que la sanción se impuso sin considerar el valor de la misma en los términos del contrato y desconociendo las disposiciones legales vigentes –art. 6 del decreto 386 de 1983-.

También discutió la naturaleza del contrato celebrado. En su criterio no se trata de una concesión, puesto que no se explota un bien público, sino que se trata de un monopolio estatal, que consiste en que el Estado obliga al particular a participarle de las utilidades del derecho que se le confiere al celebrar los contratos aleatorios de suerte y azar.

Cuestionó el pago anticipado de la regalía –acordado en el contrato-, tasado sobre un cálculo de ventas o colocación de apuestas, lo que consideró injusto, porque se le obligó a pagarla sin que se causara, y sometiéndolo a la

contingencia de cancelar lo que posiblemente ni siquiera se obtendría en la explotación total del juego, y obligándolo a compartir las utilidades que no se habían generado, y que podrían no generarse.

Manifestó que lo que condujo a que los comercializadores suyos a no devolver los talonarios que no se consumieron durante la ejecución del contrato, fue la negativa de BENEDAN a pagar el dinero que ellos representaban, al haber cancelado la regalía anticipada. Agregó que era la entidad quien carecía de mecanismos legales para obligarlos a reintegrar los talonarios, además de que con posterioridad fueron esos mismos comercializadores quienes celebraron contratos directos con ella -fls. 424 a 426, cdno. 1-.

3.2. La Beneficencia de Antioquia, reiteró los argumentos de defensa planteados en la contestación a la demanda, es decir, señaló que la entidad se limitó a cumplir las cláusulas del contrato de concesión suscrito con el demandante, el cual establece como sanción por incumplimiento el 10% del valor del contrato y no la sanción administrativa de \$250.000 que no se deriva del acuerdo de voluntades -fls. 427 a 431, cdno. 1-.

3.3. El Ministerio Público no intervino en esta instancia.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia, profirió sentencia el 10 de diciembre de 1998, negando las pretensiones de la demanda -fls. 445 a 480, cdno. 2-.

Declaró no probada la excepción de inepta demanda, por indebida acumulación de pretensiones, luego de efectuar el análisis de la acción procedente para cuestionar la declaratoria de incumplimiento grave del contrato celebrado. Concluyó que se trató de una acción contractual, y que en aras de la eficacia de la justicia y la prevalencia del derecho sustancial el Tribunal de instancia le impartió el trámite indicado, con la identificación precisa de la acción.

También consideró que la citación al proceso de la compañía aseguradora se hizo de conformidad con la ley –art. 207 del CCA.–, y que si bien el demandante no la vinculó era deber del juez hacerlo, por el interés directo que tenía en el resultado del proceso.

Luego realizó un análisis amplio y general sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión, para concluir, frente al caso concreto, que independientemente de su naturaleza, entre las partes se suscribió y ejecutó un negocio jurídico, en virtud del cual la entidad entregó por un tiempo determinado el derecho a explotar el juego de chance, con premios en dinero, y el contratista se obligó a consumir una cantidad mínima mensual de talonarios, y a devolverlos al terminar el negocio, si no los había consumido directamente o por medio de sus vendedores, agentes o distribuidores.

Al pasar al estudio de los medios de prueba allegados al proceso, indicó que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se declaró el incumplimiento grave del contrato No. EAP 06 de 1991, y se impuso una multa del 10% del valor del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Por el contrario, se

acreditaron los hechos en que se fundamentó la decisión administrativa, constitutivos del incumplimiento del concesionario.

En relación con la presunta falta de competencia de la entidad, por extemporaneidad en la imposición de la sanción, consideró que por la forma en que se pactaron las obligaciones, sólo hasta el último día de vigencia del contrato era posible determinar o saber si el contratista cumpliría o no las obligación –para este caso, devolver los talonarios-, de modo que BENEDAN actuó con competencia, apoyada en la doctrina y en la jurisprudencia que autorizaban la declaración de incumplimiento de un negocio después de vencido su plazo, pero sólo con la finalidad de cobrar la cláusula penal pecuniaria.

Adicionalmente, en el literal b) de la cláusula quinta el concesionario se comprometió a constituir una garantía de cumplimiento, para amparar la cláusula penal pecuniaria, equivalente al 10% del valor del contrato “por la vigencia de éste y un mes más”, por lo cual, el siniestro se declaró durante su vigencia.

Por último, consideró que el hecho de que el concesionario no tuviera los talonarios en su poder –sino los comercializadores- en la fecha en que venció el contrato, no la exoneraba de cumplir la obligación de devolver los que no se consumieron durante la vigencia, porque de acuerdo con el numeral 3 de la cláusula segunda del contrato, los agentes comercializadores o promotores del concesionario actúan en nombre y representación suya, y por eso la sociedad demandante debió tomar las medidas y previsiones jurídicas necesarias –en los respectivos negocios jurídicos que celebró con sus

expendedores-, para lograr que éstos le restituyeran el material a la terminación del contrato.

5. Los recursos de apelación

5.1. La parte actora. La sociedad *Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes*, interpuso el recurso de apelación para solicitar que se revisen los numerales segundo y tercero de la sentencia, remitiendo a los argumentos de la demanda¹. Adicionalmente señaló -fls. 481 a 512, cdno. 1-:

5.1.1. Que la sentencia hizo apreciaciones generales sobre los contratos de concesión, que no le son aplicables al que es objeto de la *litis*, y que desconoció las estipulaciones contractuales. Expresó que el contrato para la explotación del juego de apuestas permanentes no encaja dentro de las características esenciales que determinan la naturaleza jurídica de los denominados contratos de concesión, por lo que no debió aplicarse la analogía en una materia o circunstancia opuesta, especialmente la cláusula de la reversión de la ley de contratos del Estado, en lo relativo a la obligación de la concesionaria de devolver los talonarios no consumidos luego del vencimiento del contrato de concesión, y para calificar tal omisión como un incumplimiento grave del mismo.

5.1.2. Después de analizar el numeral 16 de la cláusula segunda del Contrato No. EAP 06 de 1991, concluyó que "...la eventual devolución de los

¹ La decisión primera negó la "excepción de inepta demanda", y el actor se mostró conforme con ello.

talonarios, los cuales representan el pago anticipado de la regalía, debía estar estipulada en el contrato sub-lite, **pero condicionada dicha estipulación al pago por parte de la entidad de una indemnización que garantizara el justo equilibrio financiero del contrato**, en aras de no lesionar los intereses y expectativas económicas del contratista, que fueron en esencia el móvil de la contratación, aplicando en justa medida y con criterios de racionalidad, la conveniencia para ambas partes; pues en este tipo de contratos, sólo en la medida en que efectivamente se realice la colocación de las apuestas presupuestadas, se restablece lo invertido en regalías y obtiene una posible ganancia el contratista. Sino (sic) se coloca la totalidad de los talonarios, es obvio que no se logra totalmente ninguno de los dos objetivos..." (Resaltos fuera del texto).

5.1.3. Que la sentencia ignoró la discusión sobre la aplicación de la multa, e insistió en que una cosa son las multas y otra la cláusula penal pecuniaria, por tanto, para hacer efectiva ésta no se impone aquella –que fue lo que hizo la entidad-, porque el objetivo de las dos es diferente.

Además, para imponer una multa, en los eventos de mora o incumplimiento parcial del contratista, se requiere la competencia de la entidad, su previa estipulación contractual, la determinación anticipada del valor de las mismas, y la constitución de las garantías que amparen su cobro en la vía gubernativa, lo cual no aconteció en el caso concreto.

Adicionalmente, la entidad debió cumplir los requisitos de forma propios del acto de liquidación de los contratos de concesión, pero el mismo fue omitido,

como quiera que se limitó a la declaratoria de incumplimiento grave del contrato, cuando finalizó éste.

Considera que la multa por incumplimiento grave del contrato era improcedente, porque no estaba estipulada, no se había determinado anticipadamente su valor, ni se constituyeron las garantías correspondientes para hacerla efectiva.

Agregó que por tratarse de un contrato terminado, a la entidad le correspondía acudir a las acciones contenciosas, para que el juez determinara si hubo o no incumplimiento del mismo.

En relación con este punto, insistió en que no hubo incumplimiento grave, considerando que la sociedad concesionaria cumplió con la obligación principal del contrato, es decir, el pago anticipado de la regalía correspondiente; y que la devolución de los talonarios, previa indemnización, era una obligación accesoria o secundaria, cuyo incumplimiento no podía generar la imposición de la multa a la que aluden los actos acusados, ni tampoco en la cuantía determinada por la entidad.

Así mismo cuestionó la sentencia porque permitió la aplicación de la sanción, toda vez que el Tribunal consideró que era posible hacerlo dentro de la etapa de liquidación del contrato, pero para ello entendió que no se trató de una "multa" –como lo dice la resolución demandada- sino de la "cláusula penal pecuniaria". Por su parte, el apelante, luego de hacer un análisis normativo sobre los contratos que son liquidables y del contenido de las actas de

liquidación bilateral o del acto de liquidación unilateral, indicó que después que termina un contrato no es posible ejercer los poderes exorbitantes.

Incluso, concluyó señalando que tampoco le era aplicable la cláusula penal pecuniaria, porque los perjuicios que BENEDAN manifestó padecer no tuvieron que ver con el contrato de concesión.

5.1.4. Finalmente, expresó que el tribunal le vulneró el debido proceso y el derecho de defensa: a) porque no se pronunció sobre los otros hechos invocados por la entidad concedente para imponer la multa por incumplimiento grave del contrato; b) porque no hizo un análisis completo del numeral 16 de la cláusula segunda del contrato; y c) porque desconoció del acervo probatorio todo lo que le era favorable a la actora.

5.2. *La parte citada.* La sociedad *Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales* también interpuso el recurso de apelación -fls. 526 a 528, cdno. 1-. Solicitó que se revoque la sentencia, y en su lugar se decrete la nulidad de los actos administrativos demandados, porque de la comparación de las resoluciones cuestionadas y la póliza constituida para la efectividad de la multa impuesta a la sociedad concesionaria se desprende que el objeto de la misma era garantizar la "cláusula penal pecuniaria" en caso de que se declarara, y no el pago de las "multas", que fue lo que impuso BENEDAN al contratista. Ahora, no pueden tomarse estos dos conceptos como sinónimos, porque son distintos, dada la finalidad de cada institución, lo que origina una causal de nulidad de los actos administrativos -fl. 527-.

Así mismo, señaló que las pruebas recaudadas acreditan que la sociedad concesionaria no tenía talonarios en la fecha de terminación del contrato, sino que se encontraban en manos de los comercializadores o distribuidores, y que en Colombia no existe responsabilidad por culpa de terceros. De allí que en la sentencia se incurrió en una impropiedad, al confundir la parte del contrato donde se menciona la existencia de terceros promotores que representan al contratista, únicamente para efectos de la comercialización de talonarios durante la vigencia del contrato, y no algún tipo de actos que impliquen responsabilidades de otro orden, como las endilgadas en los actos acusados a la sociedad demandante.

6. El trámite en esta instancia: alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Ni las partes del proceso ni el Ministerio Público presentaron alegatos de conclusión en la segunda instancia.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

El debate de este proceso se contrae a determinar –en los términos de los recursos de apelación- si son válidos los actos administrativos demandados, teniendo en cuenta: a) que fueron expedidos después de vencido el término de ejecución del contrato de concesión celebrado entre BENEDAN y la sociedad Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes, y b) que las tres

razones expuestas para adoptar la decisión no son imputables al concesionario.

Para abordar los problemas expuestos, la Sala analizará: i) lo que se encuentra demostrado el proceso, ii) la naturaleza jurídica del contrato celebrado, iii) la naturaleza jurídica de la sanción impuesta, iv) la competencia temporal de las entidades estatales para declarar de incumplimiento de un contrato e imponer la cláusula penal pecuniaria, en vigencia del decreto-ley 222 de 1983; v) las causales de incumplimiento grave del contrato, invocadas para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

2. Lo probado en el proceso.

Con los medios probatorios allegados oportuna y válidamente al proceso, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

a) El 15 de febrero de 1991, la Beneficencia de Antioquia, y la sociedad Empresarios Asociados Limitada Apuestas Permanentes -luego denominados Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes-, celebraron el contrato de concesión No. EAP-06 de 1991, para la explotación del juego de apuestas permanentes con premios en dinero, en el Departamento de Antioquia.

b) En cumplimiento de la cláusula quinta contractual, literal B), el concesionario, por medio de la sociedad El Cóndor SA. Compañía de Seguros Generales, constituyó la póliza de cumplimiento No. 48102, para "... garantizar la cláusula penal pecuniaria, relacionada con el contrato de

concesión que la Beneficencia otorga a Empresarios asociados Ltda., para la explotación del juego de apuestas permanentes, con premios en dinero en el Departamento de Antioquia de conformidad con el contrato derivado de la licitación privada No. 001 de 1.991..." –fl. 9-, con una vigencia de 25 meses, contados a partir del día en que el Tribunal Administrativo de Antioquia expidiera la providencia por medio de la cual declaraba el contrato ajustado a la ley –fl. 11-.

c) Mediante providencia del 7 de junio de 1.991, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró lo anterior –fls. 61 a 63-.

d) Para la ejecución de sus obligaciones, el concesionario celebró un contrato de agencia de juegos de apuestas permanentes con la sociedad Gildardo Echeverri F. & Cia. Ltda., para la distribución y colocación de formularios del juego de apuestas permanentes, directamente o por medio de colocadores debidamente licenciados en los municipios de Itagüí, Medellín y Bello –fls. 64 a 74-.

e) después de terminarse el contrato de concesión, la Beneficencia de Antioquia -mediante Oficio No. 931219 del 9 de junio de 1993-, solicitó al concesionario la devolución de los formularios de apuestas permanentes suministrados para la ejecución del contrato, y no utilizados durante su vigencia, lo mismo que los originales de las licencias entregadas a él y a sus comercializadores –fl. 81-.

f) Mediante diversas comunicaciones, el concesionario puso en conocimiento de la Beneficencia de Antioquia, del Juez Departamental de Rentas y de la

autoridad policiva, las irregularidades advertidas en relación con la proliferación de talonarios no oficiales, clandestinos y falsificados –fls. 127 a 147-.

g) El domingo 13 de junio de 1.993, en el periódico El Colombiano se publicó el siguiente aviso –fl. 150-:

“CHANCE

“APUESTAS PERMANENTES

“Los suscritos, empresarios y comercializadores tradicionales de las apuestas permanentes – chance en el departamento de Antioquia, vinculados a esta actividad desde hace muchísimos años, amparados por la ley y con la autoridad moral que nos da el haber aportado importantísimas sumas de dinero destinadas al financiamiento de los programas de salud para el pueblo antioqueño, en los últimos diez años

AVISAMOS

A las AUTORIDADES EN GENERAL, al PUBLICO APOSTADOR y a los COLOCADORES DE JUEGO

QUE ESTOS FORMULARIOS
(...)

Son plenamente válidos para comercializar en ellos las apuestas permanentes – chance

RAZONES:

PRIMERA: fueron suministrados oficialmente por la Beneficencia de Antioquia

SEGUNDA: La Beneficencia de Antioquia recibió por ellos, la regalía establecida y tasada mediante acuerdo de su Junta Directiva en \$450 por talonario de 50 formularios.

TERCERA: Las disposiciones legales que reglamentan la comercialización de las apuestas permanentes – chance y las normas del último contrato de concesión que reguló las relaciones entre la Beneficencia De Antioquia y el gremio de empresarios y comercializadores tradicionales, por ninguna parte estipulan términos de caducidad o de vencimiento.

En mérito de lo expuesto, manifestamos que estos formularios oficiales van a continuar circulando en el mercado hasta su total agotamiento.

(...)

h) Que mediante la resolución No. 392 del 17 de junio de 1.993, BENEDAN declaró el "... incumplimiento grave de un contrato, se imponen unas multas a un exconcesionario y se ordena hacer efectivas unas garantías." Esta decisión impuso dos sanciones: i) una multa del 10% del valor del contrato, por cederlo ilegalmente, y ii) otra multa del mismo valor, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por: a) no devolución de los talonarios del juego ni de las licencias de funcionamiento para su explotación, que quedaron en poder del concesionario cuando terminó el contrato, b) uso de los talonarios después de la vigencia del mismo, c) publicación avisos en prensa invitando a la comunidad a apostar en condiciones irregulares y d irrespeto a BENEDAN con el aviso anterior.

i) Mediante la resolución No. 811 del 15 de Octubre de 1.993 se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la decisión anterior. BENEDAN revocó la primera sanción, pero conservó la declaración de incumplimiento del contrato y la segunda sanción, esto

es, la multa "a título de cláusula penal pecuniaria", incluyendo las razones aducidas antes para imponerla salvo el literal d) anterior.

3. Naturaleza jurídica del contrato celebrado en el caso *sub iudice*.

Tanto en la demanda que dio origen al proceso, como en el escrito de apelación interpuesto contra la sentencia, la sociedad Empresarios Asociados S.A. Apuestas Permanentes discutió la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes, para concluir que por sus connotaciones especiales no se trataba de un contrato de concesión, y por tanto mal podía aplicársele -por analogía- la regulación propia de esta clase de negocios, especialmente en lo relativo a la reversión.

Para dilucidar este punto, es necesario hacer referencia a la normativa especial que regula los juegos de apuestas permanentes con premios en dinero, concretamente la Ley 1 de 1982, el Decreto 386 de 1.983, el Decreto 33 de 1.984, el Decreto Ley 1222 de 1.986, y el Decreto 1988 de 1.987:

En virtud de la Ley 1 de 1.982, "por la cual se crean nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud a través de la Autorización de un juego de apuestas", el Congreso de la República autorizó a las Loterías y a las Beneficencias que las administren, "...para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero...", y consideró el legislador, en su momento, que dichos juegos podían realizarse directamente por las entidades -loterías y beneficencias que los administran-, o mediante contrato de

concesión con particulares -inciso primero del artículo 1 de la Ley 1 de 1.982-
2.

Para tal propósito, en caso de que las entidades otorgaran en concesión la explotación del juego, el art. 4 -posteriormente derogado por el art. 11 del Decreto Ley 386 de 1.983-, estableció el valor mínimo que debían pagar sobre el valor bruto de las apuestas, y acogerse a la reglamentación que se expidiera sobre la materia. También defirió al reglamento los requisitos que debían cumplir quienes aspiraran a ser concesionarios, como era el caso de la aprobación por parte del Ministerio de Salud del contrato de concesión, como condición de su validez³.

Por su parte, el art. 9 del Decreto 386 del 10 de febrero de 1983, "por el cual se dictan normas en materia de apuestas permanentes", en lo relacionado con el juego de apuestas permanentes con premios en dinero, le encomendó

² "Art. 1. Autorízase a las Loterías establecidas por la Ley 64 de 1923, a las Loterías de Bogotá y Manizales o a las Beneficencias que las administren, para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero. Estos juegos podrán ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares.

"Los ingresos provenientes de estos juegos, previa deducción de los gastos de administración se destinarán exclusivamente a los programas que adelantan los servicios seccionales de salud."

³ "Art. 4. Si las entidades de que tratan los artículos 1 y 2 otorgasen concesión a terceros, el concesionario deberá pagar a ellas un mínimo del diez por ciento (10%) sobre el valor bruto de las apuestas y acogerse a las normas reglamentarias que para el efecto sean expedidas.

"Par.- El Gobierno Nacional determinará los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales. Para su validez, el contrato de concesión tendrá que contar con la aprobación previa del Ministerio de Salud."

al Gobierno Nacional el establecimiento de los requisitos que debían reunir los concesionarios para ser considerados como tales, y el artículo 10 le impuso la obligación de reajustar anualmente el valor de las multas allí previstas⁴.

Por su parte, el Decreto 33 de 1.984 reglamentó la Ley 1 de 1.982 y el Decreto legislativo 386 de 1.983. Definió qué es el juego de apuestas permanentes, estableció los requisitos que deben reunir los concesionarios para celebrar contratos con las entidades estatales, reguló el vínculo entre los colocadores o vendedores de apuestas con la concesionaria, las sanciones y procedimientos por las infracciones del concesionario a las normas establecidas para el juego de apuestas permanentes, entre otros aspectos.

Entre tanto, el Decreto Ley 1222 de 1.986, "Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental", en los artículos 199 a 204, también reguló algunos aspectos de los juegos de apuestas permanentes⁵.

⁴ "Art. 9. El Gobierno Nacional determinará los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales, como también así, los necesarios para la validez de los respectivos contratos."

"Art. 10. El Gobierno Nacional reajustará anualmente el valor de las multas, teniendo en cuenta el incremento del costo de vida fijado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, para el año inmediatamente anterior."

⁵ "Art. 199. Autorízase a las loterías establecidas por la Ley 64 de 1923, a las loterías de Bogotá y Manizales o a las beneficencias que las administren, para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero. Estos juegos podrán ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares.

"Los ingresos provenientes de estos juegos, previa deducción de los gastos de administración, se destinarán exclusivamente a los programas que adelantan los servicios seccionales de salud."

Posteriormente se expidió el Decreto 1988 de 1.987, "por el cual se reglamentaron la Ley 1 de 1.982, el Decreto-ley 386 de 1.983, el Capítulo XVI del Título VI del Decreto-ley 1222 de 1.986 y se modifica el Decreto 033 de 1.984, sobre el Juego de Apuestas Permanentes", en lo relacionado con el pago de la regalía, los formularios donde deben realizarse las apuestas y la naturaleza y condiciones de los contratos que celebren las entidades con particulares, cuando no sean ellas mismas quienes utilicen los resultados de

"Art. 200.-Las entidades de que trata el artículo anterior, sólo podrán autorizar dicho juego dentro del territorio respectivo al cual pertenecen y podrán utilizar los resultados de los sorteos ordinarios de otras loterías. La lotería o beneficencia trasladará al servicio seccionales de salud correspondiente, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, los ingresos a que se refiere el artículo anterior.

"Par.- Las Loterías de Bogotá y Cundinamarca podrán establecer independientemente juegos de apuestas permanentes o firmar convenios para organizar un único juego."

"Art. 201. (Modificado por el art. 9, Ley 53 de 1990) Cuando las entidades de que trata el artículo 199 otorguen concesión a terceros, **los contratos administrativos del caso se celebrarán y ejecutarán de conformidad con el régimen previsto en los respectivos Códigos Fiscales y Estatutos Orgánicos**".

"El Gobierno Nacional fijará anualmente el valor de la regalía que deba pagar el concesionario. Las entidades o autoridades competentes establecerán el límite máximo de la apuesta y los incentivos a otorgar)."

"Art. 202. El gobierno reglamentará el juego de apuestas permanentes con premios en dinero al cual se refiere este código. Dicho reglamento será el mismo para los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los territorios nacionales."

"Art. 203.-Queda prohibido a los departamentos, a las intendencias a las comisarías, al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios establecer impuestos directos o indirectos sobre los juegos de apuestas permanentes de que trata el presente decreto."

"Art. 204. Los servicios seccionales de salud quedan obligados a invertir un treinta por ciento (30%) como mínimo de los ingresos obtenidos por lo dispuesto en los artículos anteriores en programas de acueductos y alcantarillados en la comprensión municipal de las poblaciones que tengan menos de cien mil habitantes". (...)."

los premios mayores de los sorteos de las loterías en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero, aludiendo siempre al contrato de concesión. Se resaltan, en este sentido, los artículos 8, 9 y 10⁶.

⁶ “Art. 8. Los contratos de concesión que celebren las entidades concedentes con personas naturales o jurídicas tendrán una duración no mayor de un (1) año y podrán ser prorrogados por un período igual y por una sola vez, previa aprobación por parte del Ministerio de Salud.

“Si se celebra un nuevo contrato de concesión con el mismo concesionario a la expiración de la única prórroga autorizada, las contraprestaciones en cuanto a regalías, anticipos, mínimo de ventas brutas pactas y controles adicionales a los establecidos en el presente Decreto, deberán garantizar un ingreso más alto para la entidad concedente.

“En los contratos de concesión que celebren las entidades concedentes con sus concesionarios se incluirá la cláusula de caducidad administrativa y las causales para su declaratoria, y las demás cláusulas obligatorias de acuerdo a la ley. También podrán incluirse cláusulas sobre la obligación de retirar un mínimo mensual de formularios que el concesionario se compromete a vender, así como sobre la realización de un mínimo de ventas brutas durante la vigencia del contrato y sobre controles adicionales que la entidad concedente resuelve ejercitar.”

“Art. 9. Las entidades concedentes podrán efectuar licitaciones públicas para contratar con los concesionarios que ofrezcan las mejores ventajas en cuanto al mínimo de ventas brutas, al mínimo de formularios que retirarán mensualmente y al mayor pago de anticipos y regalías con base en los valores mínimos establecidos en el presente Decreto.

“Par.- Los contratos de concesión adjudicados mediante licitación pública tendrán un término de duración que no será superior a dos (2) años, no prorrogables. Dentro de los noventa (90) días anteriores al vencimiento del respectivo contrato, la entidad concedente abrirá licitación pública con el fin de seleccionar a quien proponga las mejores condiciones para contratar. En ella podrá participar como proponente el concesionario cuyo contrato va a vencer.

“El procedimiento de licitaciones y adjudicaciones de estos contratos se regirá por las normas de contratación administrativa vigentes para las entidades descentralizadas departamentales o para los Servicios Seccionales de Salud.

“Art. 10. El contrato de concesión así como la prórroga, de que trata el artículo 8 deberán contar para su validez con la aprobación previa del Ministerio de Salud.

“Una vez perfeccionado el contrato de concesión o su prórroga, las entidades concedentes podrán expedir la correspondiente licencia de funcionamiento de apuestas permanentes dentro de la jurisdicción territorial correspondiente.

En la citada normativa, entre otros aspectos puntuales, se establecen algunas obligaciones de los concesionarios, sin embargo, se remitió a las previstas en las normas legales y a las que se hubieren incluido en el contrato de concesión -art. 12-.

Este recuento normativo es relevante para concluir que el legislador fue quien determinó la naturaleza jurídica del contrato que celebraron los particulares con las Loterías o las Beneficencias que las administran, "...para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero...".

Por ende, no cabe duda que se trata de un contrato de concesión, y por virtud de la ley tiene limitada su duración, establecidas algunas condiciones para su celebración y algunas de las cláusulas que debe incluir, de allí que no le sea dable a la sociedad concesionaria alegar ahora que la naturaleza del negocio jurídico que suscribió es diferente, cuando fue bajo dicha modalidad que se rigió el acuerdo de voluntades.

Sobre el particular, también conviene recordar lo que señaló esta Corporación -en relación con este mismo asunto-, análisis que se cita *in extenso* porque la Sala lo hace propio en esta providencia para responder con precisión y suficiencia al planteamiento del apelante, esto es, su enérgica refutación acerca de que el contrato que celebró no era de concesión, en lo que apoya

"Par.- El Ministerio de Salud aprobará o rechazará el contrato o su prórroga dentro de los quince (15) días siguientes a su recibo. En caso de rechazo se indicarán someramente los motivos en los cuales se fundamenta". (...)

buena parte sus argumentos de defensa, sobre todo los relativos a las obligaciones pecuniarias y al derecho a que le devuelven el valor de las regalías pagadas sobre los talonarios no usados dentro del plazo de la concesión:

“1. La naturaleza jurídica del contrato de concesión de apuestas permanentes.

“El artículo 336 de la Constitución Política permite el establecimiento de monopolios sobre los juegos de suerte y azar como un arbitrio rentístico para que tales ingresos se destinen exclusivamente a los servicios de salud. Al igual que el monopolio de los licores y los arbitrios rentísticos que en adelante establezca la ley con una finalidad de interés público o social, corresponde a ésta fijar para cada monopolio un régimen propio, relativo a su organización, administración, control y explotación.

“Como una fuente de financiación para los servicios seccionales de salud, la ley 1ª de 1982 expedida con fundamento en el artículo 31 de la Constitución anterior, autorizó a las loterías establecidas por la ley o las beneficencias que las administren, ‘para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero’, los cuales podrían ‘ser realizados por las mismas entidades o mediante **contrato de concesión con particulares**’ (resaltado de la Sala).

“Por su parte el Decreto 0033 de 1984, reglamentario de la ley en los pormenores del juego de apuestas permanentes y el manejo de la renta obtenida a través de ellos, reiteró la opción de encargar esta actividad mediante contrato de concesión (art 2º) y lo definió como aquel que ‘celebran la lotería o beneficencia que las administre y los Servicios Seccionales de Salud en los Territorios Nacionales, de una parte, con personas naturales o jurídicas, de la otra, para que éstas últimas ejecuten por su cuenta todos los actos correspondientes del Juego de Apuestas Permanentes’ (art. 4º).

“No obstante la ley haber reglamentado aspectos específicos tales como los derechos y las obligaciones de los concesionarios, las sanciones y los procedimientos, no hizo referencia a la manera como

se haría la selección de los concesionarios cuando la entidad pública dueña de la renta decidiera no explotar los juegos de suerte o azar en forma directa.

“Por consiguiente, se está en presencia de una actividad que constitucional y legalmente le pertenece al Estado, cuya explotación puede encomendar a terceros de la misma forma como se entrega a éstos el desarrollo de cualquiera de las actividades estatales, esto es, a través de la concesión. (Resaltos por fuera del texto original).

(...)

“En otras palabras, puede decirse que la concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal.

(...)

“Por lo anteriormente expuesto, le asiste razón al actor cuando afirma que el contrato de concesión para la explotación de los juegos de suerte y azar es de los mismos a que se refiere la ley de contratación administrativa, así el tipo de actividad a explotar no encaje en la definición de servicio público que trae la ley (art. 2º ordinal 3 ley 80 de 1993), toda vez que de la definición legal puede extraerse un concepto genérico, debido a que en nuestra legislación la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudirse a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio (Resaltos intencionales de la Sala).

“En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, no significa que las concesiones de otra especie como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el

monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas. En esto la ley cumple con el mandato constitucional de darle a cada monopolio su "régimen propio" en los términos del artículo 336 de la Carta, el cual como es obvio habrá de complementarse con las normas generales de contratación de las entidades estatales en lo no regulado en él. (Subrayas fuera del texto).

"En este orden de ideas, el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público. Es el caso de la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio y que permite su explotación como arbitrio rentístico y fuente de financiación de servicios públicos que le son inherentes a la función social del Estado, como lo son la salud y la educación respectivamente (art. 49, 67, 365 y 366 Constitución Política), Subrayas intencionales.

"Sin perjuicio de la normatividad que particularmente se aplica al contrato de concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes, esto es, la ley 1ª de 1982 y los decretos reglamentarios 386 de 1983 y 033 de 1984 fundamentalmente, la entidad pública concedente para la selección de los concesionarios debe acudir a los principios, al régimen de inhabilidades, al procedimiento de selección y a la formación de los contratos establecidos por el estatuto general de contratación administrativa, porque el contrato de concesión es uno solo para el derecho público.

"Ya la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 7 de marzo de 1.988 (Exp. No.15) al examinar el régimen jurídico del contrato de concesión para la explotación de los juegos de suerte o azar señaló:

`De manera que el enfoque inicial debe hacerse hacia el examen de este contrato administrativo, para deducir de allí las reglas que gobiernan el que pueda celebrarse para llevar a efecto los juegos de apuestas permanentes. El contrato de concesión no aparece

expresamente reconocido y definido como tal en la legislación colombiana, y solo en el artículo 1º de la ley 58 de 1982 se incluye en los siguientes términos: “.....aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un determinado servicio”. Confirmado lo anterior, el artículo 16 del decreto ley 222 de 1983 inicia la enumeración de los contratos administrativos, precisamente con el de “concesión”, pero de servicios públicos.’

“No obstante lo anterior, es preciso reconocer que el que celebran las loterías y beneficencias (al que alude el cargo), aunque no sea de concesión de servicios públicos, es administrativo por su naturaleza y puede en consecuencia tenerse como tal habida consideración de que, ni la ley 19/82 ni el decreto 222/83 agotan la materia del contrato administrativo, sin que esto último obste para utilizar y aplicar normas de la contratación administrativa, en cuanto sean pertinentes, según pasa a hacerse.” (Resaltos fuera del texto)⁷

En las condiciones anotadas, que no ameritan explicaciones adicionales, porque la Sala comparte las apreciaciones citadas -esto es, que el negocio jurídico del caso *sub iudice* tiene la naturaleza de un contrato de concesión-, se desestima el primer argumento de inconformidad que manifestó el apelante con la sentencia del Tribunal.

4. Naturaleza jurídica de la sanción impuesta al concesionario.

Considera el apelante que la Beneficencia de Antioquia carecía de competencia para declarar el incumplimiento del contrato EAP-06 de 1991, e imponer la multa, porque no había norma que permitiera esto, y porque la decisión se adoptó cuando estaba vencido su plazo, y mal podía la entidad

⁷ Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1.998. CP.: Ricardo Hoyos Duque. Rad. 10.217.

calificar el incumplimiento de las obligaciones, teniendo en cuenta, además, que el contrato no se liquidó.

Para establecer si le asiste la razón al recurrente, es necesario hacer las siguientes precisiones: En los folios 48 a 59 del cdno. 1 obra copia auténtica del Contrato EAP-06 de 1991. Allí se pactó una duración de 24 meses, contados a partir del día en que el Tribunal Administrativo de Antioquia lo declaraba ajustado a la ley -cláusula décima segunda-.

El contrato se suscribió el 15 de febrero de 1.991 -fl. 55-, y la providencia del Tribunal Administrativo que lo declaró ajustado a la ley data del 7 de junio de 1.991 -fls. 61 a 63-, de allí que el plazo comenzó a correr a partir de la citada fecha y el vencimiento ocurrió el 7 de junio de 1.993.

En la cláusula décima cuarta del contrato también se pactó la cláusula penal -contemplada en el decreto 222 de 1983-, en los siguientes términos:

“DECIMA CUARTA: CLAUSULA PENAL: Por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales EL CONCESIONARIO pagará a LA BENEFICENCIA la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$356.400.000), sin perjuicio de la ejecución de las demás sanciones o de los perjuicios causados a LA BENEFICENCIA, de acuerdo a la Ley y el contrato”.

Cabe resaltar que en virtud del Decreto Ley 222 de 1.983, vigente para la época de suscripción del contrato, y aplicable a este negocio -por remisión que hiciera el art. 201 (modificado por el art. 9 de la ley 53 de 1990) y el

Decreto 1988 de 1.987-, la cláusula penal era de inclusión obligatoria en los contratos administrativo. Así, el artículo 60 indicaba:

“Art. 60. DE LAS CLAUSULAS QUE FORZOSAMENTE DEBEN CONTENER LOS CONTRATOS. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto.

“Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato.” (Resaltos fuera del texto original).

Y al referirse a esta estipulación obligatoria, el artículo 72 de la mencionada norma, dispuso:

“Art. 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

“La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

“El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.”

Según la Resolución No. 392 del 17 de junio de 1999, "por medio de la cual se declara el incumplimiento grave de un contrato, se imponen unas multas a un exconcesionario y se ordena hacer efectivas unas garantías", la Beneficencia de Antioquia impuso al concesionario dos sanciones de multa, por incumplimiento de sus obligaciones, la segunda dizque a título de cláusula penal pecuniaria, por otras infracciones graves al contrato EAP 06 de 1.991.

Claro está que los apelantes señalaron –hasta el cansancio- que debe distinguirse la "multa" de la "cláusula penal pecuniaria", y por eso BENEDAN no podía imponer dos multas, aunque está claro en el proceso que la primera fue revocada cuando se resolvió el recurso de reposición en la vía gubernativa.

Pues bien, la Sala entiende, a partir de los actos administrativos demandados, que BENEDAN hizo alusión –antitécnicamente, no cabe duda- a la imposición de una "multa", equivalente al 10% del valor del contrato, con cargo a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, fundamentada en el incumplimiento grave del concesionario –fls. 28 y 29-, y para hacer efectiva esta "multa" siniestró la póliza de cumplimiento No. 48.102, expedida por Seguros el Cóndor S.A., garantía que se constituyó para amparar la cláusula penal pecuniaria –fl. 53-.

De lo anterior concluye la Sala, sin mayor esfuerzo, que la naturaleza jurídica de la sanción impuesta en el numeral tercero de la parte resolutive de la Resolución No. 392 de 1999 no fue una multa sino la cláusula penal pecuniaria, pactada en la cláusula decima cuarta del contrato EAP-06/91, por

la potísima razón de que así lo indicó el mismo acto administrativo demandado, al señalar que "... impone[r] una multa... a título de cláusula penal pecuniaria..." –art. tercero de la Resolución No. 392 de 1993-, y tal nominación es la que confirma la naturaleza de la sanción impuesta.

En estos términos, resulta incorrecto el criterio expresado por el actor en su recurso de apelación, porque sostiene que esta sanción no tenía fundamento normativo para imponerse, porque no estaba estipulada. Desde luego, él consideraba que se trataba de una "multa", cuando en realidad era la "cláusula penal", que sí se pactó en el contrato.

Además, la resolución también ordenó hacerla efectiva en el mismo monto acordado en la cláusula décima cuarta del contrato, y que estaba amparada con la garantía constituida por la compañía de seguros, independientemente de haberse enunciado –indebidamente- el nombre de "multa", porque es muy claro que esa impropiedad no desnaturaliza su origen.

Por estas razones, carece de sentido la discusión lingüística planteada por ambos recurrentes en relación con este tema, pues como lo indicó el acto acusado, la sanción y el valor reclamado por BENEDAN corresponde al pactado en la cláusula décima cuarta del contrato, que contiene -precisamente- la cláusula penal pecuniaria –fl. 55-.

5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.

Definido el anterior problema, se debe considerar ahora si era posible declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, vencido su plazo, teniendo en cuenta que BENEDAN impuso la sanción dos semanas después de vencido el término del contrato –resolución No. 392-, decisión confirmada cuatro meses después –resolución No. 811-.

La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 –aplicable al contrato *sub iudice*- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy:

“Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato. Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo motu proprio, etc., etc.
(...)

“Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.”
(...)

“¿Pero qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo?”

“Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse la Administración que cumplió o se allanó a cumplir, a la decisión del Juez del contrato.

“Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

“El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.

(...)

“Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

“Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

“Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para

efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: El poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración.

(...)

“Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

“En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.⁸

De acuerdo con lo anterior -y conforme a la legislación y a la jurisprudencia vigente en la época en que ocurrieron los hechos-, la Sala considera que BENEDAN sí podía declarar el incumplimiento del mismo, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de allí que actuó con competencia para adoptar la decisión.

⁸ Sentencia de 29 de enero de 1.988, Exp. 3.615. MP. Carlos Betancur Jaramillo

Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1.150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto-.

“En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria...”
(...)

“En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero

ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.”⁹

Por las razones expuestas, la causal de nulidad asociada al factor temporal tampoco tiene vocación de prosperar, teniendo en cuenta que para la fecha en que se expidió la primera decisión sólo habían transcurrido dos semanas desde la terminación del contrato, es decir, que el plazo para liquidarlo no había vencido. Incluso, cuando se resolvieron los recursos de reposición tampoco habían transcurrido los cuatro meses con que contaban las partes para realizar la liquidación bilateral –a falta de haberse pactado un término especial- más los dos meses que la jurisprudencia otorgaba a la administración para hacerlo unilateralmente, de allí que la decisión se profirió en tiempo oportuno.

Por lo anterior, le corresponde ahora a la Sala analizar la validez de las razones invocadas por la entidad demandada, como fundamento de la decisión que se viene analizando, porque la manera como fueron resueltas por el *a quo* también fue objeto del recurso de apelación.

6. Causales de incumplimiento grave del contrato, invocadas para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

La Beneficencia de Antioquia invocó los siguientes hechos atribuibles al contratista, como justificación para hacer efectiva la cláusula penal: *i)* no devolver los formularios sobrantes que le fueron suministrados para utilizar y

⁹ Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. CP. Ruth Stella Correa.

consumir durante la vigencia del contrato, al igual que las licencias de funcionamiento entregadas a sus comercializadores, *ii)* continuar explotando de manera ilegal el juego con dichos formularios y manifestar abierta, crasa y llanamente la voluntad en cuanto a estos aspectos; y *iii)* publicar avisos que crean confusión en el público apostador y que lo incitan a adquirir apuestas que adolecen de irregularidades –fl. 29, cdno. 1-.

6.1. Frente al primer argumento, el actor discutió varios aspectos: *De un lado*, que cuando terminó el contrato tenía derecho a utilizar los formularios –especialmente sus comercializadores-, porque habían pagado las regalías del 6% previstas en él. *De otro lado*, que lo establecido en el contrato –rigurosamente considerado- era la obligación del concesionario de regresar los talonarios “*que tuviera en su poder*” cuando éste terminara, y en realidad los que no se habían vendido estaban en manos de los comercializadores, que habían pagado por ellos.

La Sala no encuentra razonable ninguna de las justificaciones que propuso el concesionario para abstenerse de cumplir la obligación del contrato –que se encuentra en el numeral 16 de la cláusula segunda-. Allí se establece que debía devolver “... los formularios que tenga en su poder y que no haya utilizado... Si el concesionario no devuelve a la terminación del contrato los formularios que tenga en su poder, la BENEFICENCIA los podrá decomisar a EL CONESIONARIO sin derecho a indemnización o compensación alguna...” – fl. 51, cdno. 1-

En relación con el primer argumento de defensa, basta decir que no es cierto que el concesionario o sus comercializadores tenían derecho a explotar el

juego de chance después de vencido el contrato, porque aún tenían formularios sin vender y habían pagado la regalía sobre ellos. Para la Sala es claro que los particulares sólo pueden explotar el juego mientras sean titulares de un contrato de concesión que los autorice, de modo que es inaceptable el entendimiento que propone el actor a este respecto, teniendo en cuenta que el negocio que existió perdió vigencia. Al respecto, establecía el art. 1 de la ley 1 de 1982, vigente que al momento de la ocurrencia de los hechos:

“Autorízase a las Loterías establecidas por la Ley 64 de 1923, a las Loterías... o a las Beneficencias que las administren, para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero. **Estos juegos podrán ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares.**” (Negrillas fuera de texto)

En estos términos, no se comprende bajo qué título jurídico considera el actor que podía explotarse el juego de suerte –sin violar la ley-, si ya no estaba vigente el contrato de concesión que había suscrito, y que le permitió hacerlo durante un lapso de 24 meses –cláusula décima segunda-. La Sala itera en que el pago de las regalías no es la autorización para hacerlo.

Por esta sola razón, la comercialización del chance después de terminado el contrato –que se infiere de la actitud de los comercializadores y del concesionario -, refleja por sí misma que las obligaciones del concesionario

no se cumplieron en los términos acordados, porque no devolvió los formularios y talonarios que había adquirido de BENEDAN.

Ahora bien, discute el apelante que ya le había pagado a BENEDAN las regalías pactadas para explotar el negocio del chance, y que por eso era lícito comercializar el juego. La Sala, sin embargo, no comparte este punto de vista, porque aquél olvida que se comprometió a adquirir 300.000 talonarios de chance durante todos los meses de ejecución del primer año del contrato; y en el segundo año 360.000 talonarios mensuales, lo que significa que pactó un consumo mínimo, por el cual debía pagar una regalía –cláusula segunda, numeral tercero-.

Según se encuentra demostrado, al vencer el contrato no se había vendido una buena cantidad de talonarios –incluso, el actor sostiene que fueron sus comercializadores quienes quedaron con ellos-, y por eso sugiere que al pagar las regalías podían comercializarlos por fuera del plazo del contrato, o en su defecto que se le debía devolver lo pagado por los talonarios, si acaso no se le permitía lo anterior.

Este punto de vista desconoce los más elementales principios de un contrato de concesión, porque olvida que el riesgo es uno de los factores determinantes de estos negocios –más que de otros, que también admiten características parecidas-. Esto explica por qué el concedente se desprende de una actividad lucrativa, que le encarga a un particular, para que gestione el servicio o la actividad. De este modo, el concesionario la asume bajo el riesgo de ganar o perder –pero desde luego se prepara para obtener el mayor provecho económico posible-, y por esto se pactan distintas

modalidades de pago, que hagan atractivas para las partes los resultados del negocio.

En el caso concreto, las condiciones que impuso la entidad consistieron en exigir un consumo mínimo mensual, con la obligación de pagar anticipadamente las regalías sobre ello. Esta posibilidad tuvo fundamento en el contrato y también en el inciso tercero del art. 8 del Decreto 1988 de 1.987, que disponía:

“En los contratos de concesión que celebren las entidades concedentes con sus concesionarios se incluirá la cláusula de caducidad administrativa y las causales para su declaratoria, y las demás cláusulas obligatorias de acuerdo a la ley. **También podrán incluirse cláusulas sobre la obligación de retirar un mínimo mensual de formularios que el concesionario se compromete a vender, así como sobre la realización de un mínimo de ventas brutas durante la vigencia del contrato** y sobre controles adicionales que la entidad concedente resuelve ejercitar.” (Negrillas fuera de texto)

En estos términos, no cabe la menor duda que el volumen mínimo mensual pactado tenía como propósito que el concesionario lo vendiera, no simplemente que hiciera la gestión posible para ello, confiado en que si fracasaba la entidad le regresaría las regalías pagadas con anticipación. Todo lo contrario, en la concesión del caso *sub iudice* el contratista adquirió un privilegio, pero también un riesgo: le concedieron el derecho, exclusivo, de vender el chance en el departamento de Antioquia, pero con el compromiso de hacerlo en un volumen mínimo, que crecía de un año a otro.

Lo que aconteció fue que el concesionario no vendió lo esperado y acordado, y por eso, irresponsablemente, asumió dos actitudes: exigir la devolución de las regalías pagadas sobre los talonarios no usados o seguir vendiéndolos hasta agotarlos. Ambas posibilidades estaban por fuera del contrato y de la ley.

La Sala considera, por el contrario, que debió tener la entereza y la buena fe suficiente para entender que hasta el último día del contrato podía explotar el negocio, y que desafortunadamente los talonarios que no colocó en manos de los apostadores, hasta ese día, no podían comercializarse, y que si perdió parte del dinero que esperaba obtener era el riesgo que dos años antes había adquirido.

Por esta razón, se considera que el actor incumplió el negocio de concesión, además en forma grave, porque propició la comercialización del chance sin contrato, y BENEDAN se vio avocada a sufrir una competencia ilegal, pues el concesionario, que ejerció la actividad lícitamente mientras tuvo el contrato, al día siguiente a su vencimiento se volvió ilegal, no obstante que continuó vendiendo el chance en formularios que perdieron validez para el juego, pese a que la entidad estatal había recuperado el monopolio de la actividad.

Claro está que el concesionario se defiende señalando que quienes quedaron en posesión de los talonarios fueron sus comercializadores –no él-, y que no los devolvieron porque les debían reembolsar el valor de las regalías. Este argumento también es inaceptable, porque se desconoce que los comercializadores son los contratistas suyos, es decir, las personas encargadas por él de vender el chance en los distintos municipios autorizados

por el contrato, de modo que lo que ellos hacían comprometieron al concesionario, como quiera que a través de aquellos es que ejecutaba parte del contrato. Esta condición, inclusive, quedó pactada –sin que fuera realmente necesario para entenderlo así–:

“3... Igualmente se entiende por uso adecuado de los formularios el que ellos se distribuyan por EL CONCESIONARIO a las personas que dependan de él, por relación civil, laboral o comercial; siendo sus dependientes, los socios directos o secundarios, agentes comercializadores o promotores del juego de EL CONCESIONARIO y sus recogedores, colocadores o vendedores, quienes actúan en nombre y representación de EL CONCESIONARIO.” -Cláusula segunda-

Por esta razón, no puede aceptarse que quien se quedó con los formularios o talonarios fueron los comercializadores, como si tratara de terceros en la relación contractual, y no de los vendedores del contratista, es decir, “quienes actúan en nombre y representación de EL CONCESIONARIO”, como lo expresa la cláusula.

Finalmente, lo mismo cabe decir de la obligación que también adquirió el contratista de devolver las licencias de funcionamiento que BENEDAN le dio a él y a sus vendedores. Lo manifestado en precedencia aplica a esta otra obligación incumplida –pero que el actor califica de “secundaria”–, y que se reconoce insatisfecha por el concesionario, sólo que trata de minimizar en sus efectos, pero de ninguna manera de negar.

En criterio de la Sala, esta razón es suficiente para justificar la validez de las resoluciones demandadas, porque la situación de hecho que se presentó por no devolverle los talonarios no usados, tan pronto venció el contrato,

generaron las conductas descritas hasta ahora, y que el contratista no niega, pero que intenta atribuir a sus comercializadores.

6.2. El otro motivo de hecho que sirvió de fundamento para imponer la sanción fue que se continuó explotando el juego del chance, con dichos formularios, vencido el contrato.

Como consecuencia del análisis efectuado en el numeral anterior, también se encuentra probado que el chance se vendió en los talonarios que no podían circular –la publicación en el periódico El Colombiano así lo demuestra, sin importar si la pagó el actor o sólo sus comercializadores-, pero que continuaron haciéndolo porque los vendedores o comercializadores los tenían en su poder. La defensa del apelante, en este punto, consiste en atribuir a éstos, nuevamente, la responsabilidad del hecho, justificando incluso esa actitud por la circunstancia de que BENEDAN se negó a reconocerles el valor de las regalías.

El actor olvida que debió controlar la tenencia de los talonarios, ya que BENEDAN se los entregaba directa y de manera exclusiva, y sólo él los ponía en manos de sus comercializadores, seguramente por un precio que no les devolvió cuando se extinguió el contrato, y no pudieron venderlos. Lo que está claro es que BENEDAN no era el responsable frente a los comercializadores, porque no existe relación contractual con ellos. Era el actor quien tenía la obligación de determinar y soportar las consecuencias que se seguían de haberles vendido más talonarios de los que realmente pusieron en el mercado.

Sin embargo, lo que estaba demostrado era que el acuerdo del consumo mínimo no le permitía al concesionario devolver los talonarios y pedir a BENEDAN el reembolso de las regalías pagadas, ni alegar el derecho a explotar el juego a través de ellos, hasta su agotamiento. Debió abstenerse de vender, de forma directa o a través de los comercializadores, y en lugar de eximirse del problema debió asumirlo evitando que quedaran en poder de ellos tantos que no se iban a vender, o tratando de recuperar los que definitivamente conservaron, porque se sabe que eran sus representantes y tenía el control jurídico sobre ellos.

Sin duda al actor le faltó planeación y medida, porque debió prever la situación y abstenerse, oportunamente, de entregarles –venderles- talonarios que no podían explotar por fuera del plazo de la concesión.

Le resultó más fácil imputarle a BENEDAN la responsabilidad de la situación, cuando fue él quien le distribuyó a los comercializadores los talonarios, en las cantidades que debió acordar en sus propios contratos civiles y comerciales; de modo que debió soportar la pérdida de las regalías pagadas por el consumo mínimo y no ellos, quienes en un acto también injustificable frente al interés general desafiaron la ley intentando vender los talonarios cuando ya no era legal hacerlo –y que el concesionario puso en sus manos-, tratando de no perder el valor que le habían pagado al concesionario por los mismos.

En conclusión, este aspecto también justifica la decisión de la administración, quien efectivamente recibió un daño, como consecuencia de la conducta omisiva e injustificada del contratista, la dejar en manos de sus comercializadores los talonarios no vendidos.

6.3. En cuanto a la imputación por la publicación de avisos en un periódico, que crearon confusión en el público apostador e incitaron a adquirir apuestas que adolecen de irregularidades, se considera que a estas alturas del análisis resulta irrelevante su estudio, porque bien que lo haya hecho o no el contratista o sus comercializadores, los aspectos ya analizados eran suficientes para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

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

FALLA

PRIMERO. Confírmase la sentencia proferida el 10 de diciembre de 1.998 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO