

CONTRATACION ESTATAL - Acción contractual / ACCION CONTRACTUAL - Ineptitud de la demanda / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Ineptitud de la demanda / EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA - Prevalencia del derecho sustancial sobre el formal o procedimental

La Sala considera que el criterio sostenido por el Tribunal de instancia para declarar infundada la excepción de inepta demanda planteada por la parte demandada, quien en su sentir fue equivocada la escogencia de la acción por parte del actor, es acertada, porque frente a la filosofía consagrada constitucionalmente en materia de prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal o procedimental, pues si bien es cierto que, cada una de las acciones, más técnicamente pretensiones, contenidas y disciplinadas en el Código Contencioso Administrativo, responden a un supuesto de hecho debidamente delimitado en dicho código de procedimiento, diferenciándose claramente las diferentes acciones, no lo es menos que en un momento inicial el actor encauzó la demanda como de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo posteriormente reforma o aclara la demanda, de cuyo contexto se deriva que la acción ejercitada es la de controversias contractuales. Así las cosas, acertó el a quo al declarar infundada la excepción.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Departamento del Huila / EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Se encuentra probada / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Excluida de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso

El Departamento del Huila propuso como excepción la de "ilegitimidad en el sujeto pasivo", al considerar que dicha entidad no podía ser vinculada al proceso de la referencia, en razón a que los actos proferidos con ocasión de la solicitud de prórroga del contrato de concesión firmado entre la Beneficencia del Huila y SEAP HUILA LTDA., fueron expedidos por la Junta Directiva y el Gerente de la Beneficencia del Huila, establecimiento público del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, conforme al decreto 1222 de 1986 y al decreto ordenanzal No. 300 de 1982, acto administrativo mediante el cual se le dio autonomía a la entidad. Acertó el Tribunal de instancia al declarar probada esta excepción, sin embargo precisa la Sala que la Jurisprudencia de la Corporación excluye la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, como quiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Como en este caso hay certeza de que las únicas entidades intervinientes en la relación comercial fue la Beneficencia del Huila y la SEAP HUILA LTDA, sin que el departamento del Huila hubiese tenido participación alguna en ese asunto, es lógico que ésta última entidad no tenía por qué ser vinculada como parte demandada dentro de este proceso, tal como lo expuso el a quo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1222 DE 1986 / DECRETO ORDENANZAL 300 DE 1982

NOTA DE RELATORIA: Sobre legitimación en la causa como condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, consultar sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13356.

CONTRATO DE CONCESION - Naturaleza jurídica

Los juegos de apuestas permanentes con premio en dinero están regulados por una normativa especial, 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. (...) 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. 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 validez. 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 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 previstas. 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 permanentes. 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 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 10. Del citado cuerpo normativo se desprende que fue el legislador quien determinó la naturaleza jurídica del 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.

FUENTE FORMAL: LEY 1 DE 1982 - ARTICULO 1.1 / LEY 1 DE 1982 - ARTICULO 4 / DECRETO 386 DE 1983 - ARTICULO 11 / DECRETO 386 DE 1983 - ARTICULO 9 / DECRETO 33 DE 1984 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 199 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 200 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 201 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 202 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 203 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 204 / DECRETO 1988 DE 1987 - ARTICULO 8 / DECRETO 1988 DE 1987 - ARTICULO 9 / DECRETO 1988 DE 1987 - ARTICULO 10

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión, consultar sentencia de 19 de junio de 1998, exp. 10217

CONTRATACION ESTATAL - Contrato de concesión / CONTRATO DE CONCESION - Naturaleza contractual / NATURALEZA CONTRACTUAL DEL CONTRATO DE CONCESION - Contrato administrativo para la explotación de bienes del Estado / CONTRATO DE CONCESION - Explotación del juego de apuestas permanentes. Chance / CONTRATO DE CONCESION - No puede ser sometido a normas de derecho privado / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Características / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Presunción / PRINCIPIO DE CONTRATACION - En todo contrato se entienden incorporadas la leyes al momento de su celebración

No hay espacio para la duda que la naturaleza contractual del contrato de concesión, es la de ser un contrato administrativo para la explotación de bienes del Estado, por cuanto su objeto está integrado por la concesión al contratista para su explotación, del juego de Apuestas Permanentes "Chance". Luego el contrato no puede estar sometido a normas de derecho privado y menos cuando tiene la cláusula de caducidad para su control por esta jurisdicción, siendo la naturaleza de su objeto de derecho público y su finalidad de interés público la que lo caracteriza como contrato administrativo. El artículo 83 de la Constitución Política consagra que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe; la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes éstas" (...) Se ha entendido por contrato administrativo el "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas". En nuestro derecho en este tipo de actuaciones se presume la buena fe de las partes. (...) un contrato administrativo sólo podía adicionarse mediante un nuevo acuerdo de voluntades, y sobre materias tales como el plazo o el valor: pero en ningún caso era legalmente posible modificar su objeto. (...) el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 contiene un principio general sobre contratación según el cual "En todo contrato se entenderán incorporadas las Leyes vigentes al tiempo de su celebración".

CONTRATACION ESTATAL - Contrato de concesión / CONTRATO DE CONCESION - Explotación del juego de apuestas permanentes. Chance / CONTRATO DE CONCESION - Licitación pública / CONTRATO DE CONCESION - Término de duración / TERMINO DE DURACION DEL CONTRATO DE CONCESION - No superior a dos años, no prorrogable. Artículo 9 del Decreto 1988 de 1987

Como en este caso está demostrado con la documentación visible a folios 52 a 56 y 324 a 341 del cuaderno, suscritas por el subgerente de la SEAP HUILA LTDA y

por el apoderado judicial de la misma, respectivamente, en donde afirman de manera categórica, que el contrato de concesión que dan cuenta los autos fue precedido de licitación pública, "(...) en la que se presentaron ocho solicitantes dos foráneos y seis de la región, entre ellos SEAP HUILA LTDA. Luego de cerrada la licitación pública y estudiadas las propuestas se determinó que la mejor era la de SEAP HUILA LTDA., por lo que le fue adjudicado el contrato (...)", lo anterior trae como consecuencia, que al caso sub lite se le aplique el artículo 9 del Decreto 1988 de 1987, el cual disponía que "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". Recuérdese pues, que el ejercicio de la autonomía privada implica para las partes del negocio la observancia de la carga de claridad y precisión, que en materia contractual administrativa, adquiere particular relevancia, por la consideración que los actos y negocios jurídicos que celebren las entidades públicas, están sujetos de ordinario al cumplimiento de precisos requisitos de naturaleza legal, establecidos como una necesaria garantía de la claridad y transparencia que debe mediar en todo el proceso de contratación y sin los cuales, no pueden aspirar las partes a derivar efectos vinculantes del negocio celebrado, más allá del acto de disposición de intereses objeto de regulación. No resulta admisible entonces, que en este caso se procediera a la prórroga del contrato de concesión, cuando terminante el 9 del Decreto 1988 de 1987, prohibía expresamente su prórroga, norma aplicable al contrato que ha originado el presente proceso.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1988 DE 1987 - ARTICULO 9

CONTRATACION ESTATAL - Contrato de concesión / CONTRATO DE CONCESION - Explotación del juego de apuestas permanentes. Chance / CONTRATO DE CONCESION - Prohibición legal de prorrogar indefinidamente el contrato / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA NEGOCIAL - Aplicación

Vistas e interpretadas adecuadamente las estipulaciones contractuales, en momento alguno la entidad demandada se obligó a prorrogar indefinidamente mediante el instrumento de los contratos adicionales, la relación negocial, toda vez que a la luz de la cláusula segunda ella quedó supeditada al previo estudio de su conveniencia por parte de la Beneficencia del Huila, lo cual es muy diferente a pretender encontrar por la vía de la interpretación, la existencia de una obligación indefinida a cargo del ente demandado, de prorrogar la ejecución del contrato más allá del término previsto, y aunque lo hubiese pactado, una estipulación de tal naturaleza devendría completamente ineficaz pues con arreglo al artículo antes citado, en concordancia con el art. 58 del decreto 222 de 1983 las prórrogas automáticas se encontraban expresamente prohibidas. En ese orden de ideas, difícil resulta aceptar, que el principio de la buena fe, implicaba para el demandado el deber de prorrogar el plazo indefinidamente como para predicar que el no haberlo hecho, configure un verdadero incumplimiento contractual, pues no debe perderse de vista que bajo el manto de la aplicación de dicho principio, no pueden las partes del negocio jurídico celebrado, violar abiertamente el estatuto contractual. Ciertamente que, la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de la corrección, la claridad y la recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato. Pero ello es bien diferente a pretender derivar conductas y deberes que

se concretarían en una violación manifiesta de las normas de orden público que disciplinan la actividad negocial de las entidades públicas, dentro de las cuales, desde luego, ocupa lugar preponderante las que regulan los mecanismos de selección y la forma de ejecución de los contratos estatales.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 58

CONTRATACION ESTATAL - Contrato de concesión / CONTRATO DE CONCESION - Explotación del juego de apuestas permanentes. Chance / CONTRATO DE CONCESION - Vencimiento del plazo / CONTRATO DE CONCESION - Prohibición legal de prorrogar el contrato / PRORROGA DEL CONTRATO DE EXPLOTACION DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES - Conducta violatoria de las disposiciones del estatuto contractual y de los principios que informan la contratación estatal

En lo que hace al perjuicio reclamado por el demandante, que hace consistir en los eventuales ingresos que habría podido derivar de haberse efectuado la prórroga del contrato, se tiene que resultan completamente inciertos, toda vez que en el caso concreto, la relación negocial terminó por vencimiento del término pactado en el contrato, lo cual tuvo ocurrencia el 20 de septiembre de 1993 y en esas condiciones a la entidad demandada no le asistía interés por razones de conveniencia de prorrogar el contrato y de mantener la prolongación indefinida de la relación contractual, más aún cuando los procesos de contratación han de procurar en todo momento la realización de los cometidos de la administración pública con la mira puesta siempre en el interés general al cual apuntan, más sin embargo, no habiéndose obligado el demandado a nada diferente a lo que el texto del contrato muestra, imposible resulta predicar la vulneración de interés jurídico alguno cuya titularidad pudiera ostentar el contratista demandante. Sí, la entidad no prorrogó el plazo del contrato, lo fue fundamentalmente porque la oficina jurídica del Departamento advirtió la imposibilidad de hacerlo sin que mediara una justificación técnica y sostiene la Sala, además una jurídica, pues ya se observó que, la ley no permitía la prórroga automática de los contratos y actuar de manera diferente sería una conducta claramente violatoria de las disposiciones del estatuto contractual y desde luego violatoria de los principios que informan la contratación estatal. De allí no se sigue la existencia de un verdadero incumplimiento, pues este fenómeno se predica de la contravención a las obligaciones que surgen del negocio y nunca a las aspiraciones que tenga el contratista con relación al objeto del contrato, las cuales, no están incluidas dentro del contenido negocial. En consecuencia y por las razones antes anotadas, si se hubiese estipulado una prórroga automática en el contrato celebrado, con fundamento en las disposiciones antes citadas, no podía hacerse uso de ella por cuanto expresamente se hallaba prohibida por las mismas, motivo por el cual la cláusula en que se hubiese estipulado ésta, carecería de validez jurídica. (...) no encuentra la Sala, que en los actos acusados expedidos por la Beneficencia del Huila, en lo que toca con la no prórroga del contrato de concesión, se hubiese incurrido en irregularidad alguna, puesto que de las pruebas traídas al expediente lo que nos demuestran es que no existió un acuerdo de voluntades entre las partes para lograr la referida prórroga; y tampoco es posible jurídicamente considerar como lo pretende el demandante que pese a no existir ese acuerdo de voluntades, el contratista tenía derecho a la prórroga automática del contrato, pues lo anterior estaría desconociendo las normas legales antes citadas, y tal como lo dijo la Corte Constitucional “la entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática”, por lo que la Sala confirmará la sentencia apelada.

CONTRATACION ESTATAL - Contrato de concesión / CONTRATO DE CONCESION - Prórroga / PRORROGA EN EL CONTRATO DE CONCESION - Precedente jurisprudencial constitucional

La Corte Constitucional refiriéndose al tema de la prórroga en los contratos de concesión, ha puesto de presente que la prórroga de las concesiones no implica en sí misma una figura inconstitucional, reconociendo, por el contrario, que puede constituir un valioso instrumento para la administración, resultando aconsejable desde el punto de vista técnico y financiero en ciertas situaciones. Así lo expresó en sentencia C-949 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), a propósito de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones (...). En suma, es necesario resaltar que el simple hecho de que en la norma se plantee la posibilidad de prorrogar el término de los contratos no implica en sí misma una limitación a la libre competencia. Como tampoco sería correcto afirmar, al estilo de lo dicho por el demandante, que la previsión de la prórroga de un contrato de concesión implique la privatización de un sector o la apropiación de unos bienes públicos afectados para su prestación. No sobra destacar que la entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática. Es decir que en criterio de la Corte Constitucional, la prórroga automática de los contratos de concesión si es inconstitucional por comportar una limitación irrazonable a la libre competencia económica. Así se advirtió en Sentencia C-350 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), a propósito de la prórroga automática de los contratos de concesión de servicios de televisión que preveía el artículo 40 de la ley 14 de 1991

INCIDENTE DE REGULACION DE HONORARIOS - Improcedente en segunda instancia

Como el día 25 de octubre de 2011, el apoderado judicial a quien se le revocó el poder presentó "incidente de regulación de honorarios", la Sala se abstiene de darle trámite al mismo, en razón a que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 64 del C.C.A., el cual adicionó el artículo 210 A, se dispuso que "En segunda instancia no se tramitará incidente de regulación de honorarios. Resuelta la apelación, el proceso se remitirá al juez de primera instancia para que lo tramita y decida". Por lo que el trámite del incidente de regulación debe ser adelantado por el a quo, una vez llegue el expediente a su despacho en los términos de ley.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 64 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 210 A

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C, dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07682-01(20461)

Actor: SOCIEDAD DE APUESTAS PERMANENTES DEL HUILA LTDA.

Demandado: BENEFICENCIA DEL HUILA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sección Tercera, el 19 de diciembre de 2000, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda. La sentencia apelada será confirmada, pero por las razones que se indican en la parte motiva de este fallo.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 15 de marzo de 1994, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales establecida en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda. - SEAP HUILA LTDA, formuló demanda en contra de la Beneficencia del Huila y Departamento del Huila, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de los acuerdos Nos 030 del 29 de diciembre de 1993 y 006 del 18 de febrero de 1994, expedidos por la Junta Directiva de la Beneficencia del Huila y las Resoluciones No 1007 de diciembre 29 de 1993 y 069 de enero 31 de 1994, por medio de los cuales se revocó la decisión de prorrogar el contrato de concesión de apuestas permanentes con la firma SEAP HUILA LTDA., adoptada en sesión realizada el 16 de septiembre de 1993, según consta en el acta No 021 de la misma fecha y, en virtud de la revocatoria y la terminación del contrato de concesión de apuestas permanentes, la consiguiente liquidación del contrato.

“SEGUNDA: Ordénese, como restablecimiento del derecho, que la junta directiva autorice y la Gerencia de la Beneficencia del Huila suscriba con la Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda., SEAP HUILA LTDA., la prórroga del contrato de concesión para el juego de apuestas permanentes para el departamento del Huila, en los términos y modalidades del contrato primigenio.

“TERCERA: Condénese a la Beneficencia del Huila, como reparación del daño, a cancelar a la firma SEAP HUILA LTDA., una indemnización equivalente a los valores dejados de recibir por colocaciones de apuestas, durante el término desde el cual venció el contrato hasta cuando se firme el de prórroga, equivalente a la suma de ciento setenta millones trescientos sesenta y dos mil ciento diecinueve pesos (\$ 170.362.119.00) mcte., mensuales, según la certificación expedida por el señor Contador Público titulado de la empresa, tomada de los registros contables y financieros de la misma.

“CUARTA: Ordénese a la Beneficencia del Huila dé cumplimiento a la sentencia dentro del término del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y al reconocimiento de los intereses de que trata el artículo 177 ibídem, inciso final, a partir de la ejecutoria de la sentencia”.¹

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

¹ Fls 228 a 247. C.1

2.1.- Que de conformidad con la legislación nacional y departamental, previa licitación pública, el 2 de mayo de 2001, la Beneficencia del Huila celebró contrato de concesión para la explotación del juego de apuesta permanentes “chance” con la sociedad Apuestas Permanentes del Huila - SEAP HUILA LTDA - el cual fue aprobado por el Tribunal del Huila el 20 de septiembre del mismo año. Dicho contrato se celebró por un término de dos años contados a partir del perfeccionamiento.

2.2.- El 7 de junio de 1993, SEAP HUILA., presentó ante la Beneficencia del Huila, la solicitud de prórroga del contrato, con las exigencias de orden legal, petición que reiteró el 5 de agosto de 1993, y el 20 de agosto del mismo año, sin obtener respuesta positiva o negativa sobre la prórroga.

2.3.- La Junta Directiva de la Beneficencia del Huila, en acatamiento a lo ordenado por el Juez de Tutela profirió el acuerdo No 030 del 29 de septiembre de 1993 en el cual reconoció que efectivamente esa Junta en sesión del 16 de septiembre de 1993, recogida en el acta 021 de la misma fecha, determinó la prórroga del contrato de concesión con la firma SEAP HUILA LTDA.

2.4.- Que después de un variado cruce de correspondencia, la Junta Directiva sin ningún tipo de motivación, acordó revocar la decisión de prorrogar el contrato de concesión de apuestas permanentes con la firma SEAP HUILA LTDA., adoptada en la sesión del 16 de septiembre de 1993 “y decretó implícitamente la terminación unilateral del contrato de apuestas permanentes, ordenando al Gerente adelantar los trámites conducentes a la liquidación del contrato.

2.5.- La Gerencia de la Beneficencia del Huila profirió la resolución No 1007 del 29 de diciembre de 1993 acogiéndose a la decisión tomada por la Junta en el acuerdo No 030, en el sentido de revocar la decisión de prorrogar el contrato de concesión de apuestas permanentes con la firma SEAP HUILA LTDA, ordenando la Gerencia a la Concesionaria someterse a los trámites pertinentes para la liquidación del contrato.

2.6.- El 6 de enero de 1994 se notificó personalmente al señor Gerente de la Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda. - SEAP HUILA LTDA -, el contenido del acuerdo 030 del 29 de diciembre de 1993 y de la resolución 1007 de la misma fecha, emanadas respectivamente de la Junta Directiva y de la Gerencia de la Beneficencia del Huila.

2.7.- El 14 de enero de 1994 la sociedad SEAP HUILA LTDA., interpuso recurso de reposición contra los citados actos administrativos, a fin que se reconociera el derecho a la prórroga del contrato de concesión para el juego de apuestas permanentes y al grave perjuicio que se le ocasionaba a una actividad mercantil.

2.8.- La Junta Directiva de la Beneficencia mediante acuerdo 006 del 18 de febrero de 1994 y la Gerencia de la misma entidad mediante resolución 069 del 31 de enero del mismo año confirmaron los actos objeto del recurso.

2.9.- Que de conformidad con la ley 3ª de 1986, artículo 5º a 10º y el decreto 1222 de 1986, artículos 94, numerales 2º y 6º, artículo 252 a 287, el Gobierno Departamental ejerce el control de tutela de todos los actos administrativos proferidos por las entidades descentralizadas del orden departamental, por lo cual el departamento del Huila debe responder por todos los actos arbitrarios, injustos, ilegales, omisivos y en exceso de funciones cometidos por esas entidades.².

3. Normas violadas y concepto de la violación

Considera el demandante que los actos administrativos acusados son violatorios de las siguientes disposiciones constitucionales legales y ordenanzas, así: Artículos 1 a 6, 13, 23, 25, 28, 29, 38, 122, 123, 124, 336 de la Carta Política; artículo 1 a 3 de la ley 1ª de 1982; artículo 5º ley 53 de 1982, artículo 9º ley 53 de 1990, artículo 5º ley 3 de 1986; artículos 252 a 309 del decreto 1222 de 1986, o

² Fls 229 a 236. C.1.

Código de régimen departamental, artículos 1º a 6º y 64 del decreto 33 de 1984, normas pertinentes de los decretos 1988 y 2527 de 1987, artículos 6º y 8º del decreto legislativo 386 de 1983, y, artículo 6º., párrafo 1º in fine, 7º , 27 y 29 de la ordenanza 026 de 1988, estatuto orgánico del departamento del Huila, por medio del cual se establece la reglamentación del contrato de concesión para la explotación del Juego de apuestas permanentes en el departamento del Huila.

Afirma el demandante que en el presente caso los actos administrativos cuestionados y demandados fueron proferidos extemporáneamente, pues el contrato ya se encontraba cumplido o ejecutado, había perdido vigencia, produciéndose la causal de anulación, de incompetencia por razón del tiempo; fueron expedidos sin motivación alguna, lo cual era de su esencia, pues afecta a la sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda. –SEAP HUILA LTDA., al extinguir un derecho o situación jurídica particular ya creada, produciéndose la causal de anulación de expedición irregular de los actos.

4.- Contestación de la demanda

Una vez notificada la demanda, en el escrito de contestación a la misma, el Departamento del Huila como la Beneficencia del Huila se opusieron a las pretensiones de la demanda, para lo cual la primera de las entidades citadas acepta unos hechos y niega otros. Señaló que *“...Conforme a las actuaciones de la Beneficencia del Huila y de acuerdo a la respuesta que dicha entidad le dé a los hechos de la demanda, se podrá establecer que no ha habido violación a la Constitución o a la ley en el proceso sobre la prórroga del contrato de concesión de apuestas permanentes firmado entre la Beneficencia del Huila y SEAP HUILA LTDA.*

Propuso como excepción la de *“Ilegitimidad en el sujeto pasivo”,* al considerar que *“El Departamento del Huila no puede ser vinculado al proceso de la referencia, en razón a que los actos proferidos con ocasión de la solicitud de prórroga del contrato de concesión firmado entre la Beneficencia del Huila y SEAP HUILA LTDA., fueron expedidos por la Junta Directiva y el Gerente de la Beneficencia del*

*Huila, establecimiento público del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, conforme al decreto 1222 de 1986 y al decreto ordenanza No 300 de 1982, acto administrativo mediante el cual se le dio autonomía a la entidad”.*³

Por su parte la otra entidad demandada, Beneficencia del Huila, afirma que unos hechos son meras citas normativas, por lo que se abstiene de pronunciarse sobre los mismos; y acepta otros, con algunas aclaraciones. Afirma que, “(...) se habla de terminación unilateral del contrato, y aplica este término sin ningún rigorismo conceptual puesto que tal como lo define la ordenanza 026 de 1988, dicha figura opera dentro de la ejecución de un contrato, lo que lógicamente implica la existencia de éste último, pero precisamente no existe contrato con posterioridad al 20 de septiembre de 1993.

En nuestro caso la terminación unilateral no pudo ser viable por elemental sustracción de materia. Entre SEAP y la Beneficencia del Huila no existe contrato al que pueda aplicársele la figura de terminación unilateral.

Esta hipótesis se prueba; si se consulta el inciso 2do. Del artículo 10 del Dto. 1988 de 1987, y se le analiza. Dicho artículo reza:

“...Una vez perfeccionado el contrato de concesión o SU PRORROGA las entidades concedente podrán expedir la correspondiente licencia de funcionamiento de apuestas permanentes dentro de la jurisdicción territorial correspondiente.”

La norma señala con claridad: “una vez perfeccionado el contrato de concesión o su prórroga...”, y en nuestro caso, el primero acaba de expirar y su prórroga no estaba perfeccionada (las partes no habían suscrito documento alguno, no se habían prestado las respectivas garantías, no existía publicación del texto del

³ Fls 273 a 276. C.1.

contrato en la Gaceta Departamental etc). Esto es claro: No existe contrato de concesión, ni prórroga alguna.

(...)

“En nuestro caso la terminación unilateral no puede ser viable por elemental sustracción de materia.

Al no existir como se ha visto, contrato alguno a partir del 20 de septiembre de 1993 entre la entidad demandante y la Beneficencia del Huila, la figura de la terminación unilateral de los contratos, no tenían objeto al cual dirigirse, con lo cual de paso, se muestra que la extemporaneidad de que habla el actor no tiene ubicación posible. Plantea como excepción la que denominó: “Inobservancia de la acción judicial apropiada para este tipo de petición”, en razón a que los actos demandados constituyen lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan como actos separables o precontractuales, y por tanto la acción no es la de nulidad y restablecimiento, sino la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A. ⁴”.

5. Actuación procesal

5.1. Por auto de 22 de abril de 1994 se admite la demanda, entre otras resoluciones⁵.

5.2. En escrito presentado el 9 de septiembre de 1994, la parte demandante hace aclaración de la demanda⁶ y por auto de 24 de mayo de 1995 se admite la aclaración de la demanda⁷.

5.3. Por auto de fecha 16 de julio de 1998 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que se acompañaron con la demanda y su contestación y las demás solicitadas por la partes⁸.

5.4.- Mediante auto de 8 de febrero de 2000 se corrió traslado a las partes para

⁴ Fls 293 a 308. C. 1

⁵ Fls 251 a 256, ib.

⁶ Fls 311 a 318, ib.

⁷ Fl 364, ib.

⁸ Fls 382 y 383, ib.

alegar de conclusión y al Ministerio Público para el respectivo concepto⁹.

5.4.1. El Ministerio Público guardó silencio.

5.4.2.- La parte demandante - Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda. - SEAP HUILA LTDA -, reitera lo expuesto en la demanda respectiva y alega que en este caso se encuentran debidamente acreditados los presupuestos fácticos de la acción incoada, por lo que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar. Que la prórroga del contrato de concesión era perfectamente válida, por así autorizarlo la ley 53 de 1990, el decreto ordenanzal 418 de 1982, la ordenanza 026 de 1988 y la cláusula segunda del referido contrato de concesión.¹⁰

5.4.3.- La Beneficencia del Huila - parte demandada en este asunto -, insistió que, *“...Una vez terminado el contrato de concesión celebrado entre la Beneficencia del Huila y la firma SEAP HUILA LTDA., el gerente de la concesionaria solicitó a la Junta Directiva la prórroga del contrato por 24 meses; sin embargo la oficina jurídica de la entidad emitió concepto jurídico desfavorable el 23 de julio de 1993. El 5 de agosto de 1992 nuevamente es solicitada la prórroga del contrato. La Gerencia de la entidad solicita concepto jurídico a la oficina jurídica del Departamento sobre la vigencia del contrato y la procedencia de su prórroga; concepto que fue emitido el 27 de agosto de 1993, considerando improcedente prorrogar el contrato con la firma SEAP HUILA LTDA. Con base en esto la Junta Directiva de la Beneficencia del Huila no prorrogó el contrato (...). Los actos administrativos impugnados por la sociedad Apuestas Permanentes del Huila Ltda., fueron proferidos en debida forma, en primer lugar en acatamiento de una orden judicial y en segundo lugar, para resolver en definitiva el inconveniente surgido con ocasión de la terminación del contrato celebrado entre la Beneficencia del Huila y la Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda. (...)”*¹¹

6. La sentencia impugnada

⁹ Fl 398, ib.

¹⁰ Fls 402 a 406. C.1.

¹¹ Fls 399 a 401, ib.

El Tribunal *a quo* en la Sentencia de 19 de diciembre de 2000, luego de realizar el planteamiento general de la cuestión litigada, el desarrollo del proceso y la prueba recaudada, declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto del Departamento del Huila y no probada la excepción de “acción inapropiada” y denegó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal de instancia estudia en primer lugar las excepciones planteadas y es así como declara probada la excepción de falta de legitimación en causa pasiva planteada por el departamento del Huila, al considerar que “la única entidad que intervino en la conformación y expedición de los actos administrativos demandados fue la Beneficencia del Huila, que es un establecimiento público del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa, totalmente independiente al departamento del Huila.

De otra parte, el *a quo* desestima la excepción planteada por la Beneficencia del Huila, denominada “Inobservancia de la acción judicial apropiada”, por considerar que la acción impetrada por el actor es la relativa a la de controversias contractuales, a la cual “hace referencia expresa” y es de la esencia de ésta que, “cuando se trata de nulidad de acto administrativo, dentro del restablecimiento se incluyan las pretensiones de condena, por los perjuicios que haya recibido el demandante (...)”.

Afirma el juzgador que después de analizar los antecedentes y vista la secuencia de actividades de la entidad Beneficencia del Huila y lo pretendido por la parte actora, cual es la prórroga del contrato de concesión de apuestas permanentes, suscrito el 2 de mayo de 1991, concluye diciendo que el citado contrato es de naturaleza típicamente administrativa, y por tanto no hay posibilidad de hablar de prórroga automática, “y tal como se expresa en el mismo, la facultad de prorrogarlo es competencia de la administración, en este caso de la Beneficencia del Huila (...)”.

Que si existió la autorización de la Junta Directiva para prorrogar el contrato, también resulta probado que dicha decisión no se formalizó por parte de la

Gerencia, y al contrario, lo que se observa, es la decisión de revocar la autorización de prórroga. Que la decisión de la Junta Directiva tomada en los acuerdos 030 del 29 de diciembre de 1993 y 006 del 18 de febrero de 1994, se expidió en ejercicio de su función de dirección y administración de la entidad concedente, consagrada en el artículo 10 del decreto 300 de 1982 expedido por la Gobernación del Huila y, de allí, los actos del Gerente de la Beneficencia del Huila, se expidieron como consecuencia de la decisión de la Junta y en ninguno de ellos se observa motivos de ilegalidad que los hagan anulables. “Simplemente, la entidad concesionaria, utilizó su potestad y decidió no prorrogar el contrato, sin que por ello se considere que existió violación a derecho alguno de la concesionaria (...)”¹².

7. El recurso de apelación

La entidad demandante interpuso el 15 de marzo de 2001¹³, recurso de apelación contra la Sentencia de 19 de diciembre de 2000, el cual sustentó en los siguientes términos:

“...olvidó el Tribunal el texto del artículo 9º del decreto ley 077 de 1987, el cual modificó el artículo 201 del decreto 1222, el cual determinó que los contratos de concesión para el juego de las apuestas permanentes se regulará por lo previsto en los respectivos códigos fiscales y estatutos orgánicos de los departamentos.

En el Departamento del Huila, para aquella época se encontraba en vigencia la ordenanza 026 de 1988, la cual establecía la reglamentación del contrato de concesión para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes, en cuyo artículo 6º, parte final del párrafo único, se determinaba: “El concesionario deberá presentar con dos meses de antelación al vencimiento del contrato la documentación debidamente renovada y actualizada para su prórroga”.

¹² Fls 415 a 422. C. 2ª instancia.

¹³ Fls 425 y 426, ib.

Esta norma consagra un derecho para el concesionario a obtener la prórroga del contrato, cuando a (sic) cumplido a cabalidad con las cláusulas contractuales.

“(...)”

Al aprobarse la prórroga del contrato de concesión por parte de la Junta Directiva de la Beneficencia del Huila, la cual ratificada en el acuerdo emitido a raíz de la obligación impuesta por el fallo de tutela, al Gerente de la entidad no le queda opción diferente que suscribir el contrato, pues así lo indica la ordenanza 026 de 1988 (...). Por ello el acto unilateral de revocatoria de la prórroga por parte de la Junta Directiva de la Beneficencia del Huila, no solo viola el Código Contencioso Administrativo que obliga a contar con el consentimiento escrito del beneficiario del acto o decisión administrativa, sino que también viola la Constitución Política, en cuanto garantiza como derecho fundamental el derecho al trabajo, la libre escogencia de actividad u oficio y el derecho de defensa (...)¹⁴

8. Actuación en segunda instancia

8.1. El recurso de apelación presentado fue admitido en auto de 5 de julio de 2001, por haberse interpuesto y sustentado oportunamente¹⁵.

8.2 Mediante providencia de 27 de julio de 2001, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían¹⁶.

8.2.1 Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹⁴ Fls 425 y 426. C. 2ª instancia.

¹⁵ Fl 433, ib.

¹⁶ Fl 435, ib.

La sentencia objeto de impugnación será confirmada en atención a los siguientes hechos y razones que a continuación se exponen, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 1) Competencia de la Sala; 2) Las excepciones de fondo planteadas - 2.1. Ineptitud de demanda y 2.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva-; 3) Hechos probados y 4) La naturaleza jurídica del contrato de concesión y el caso concreto.

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida en primera instancia, por medio de la cual se negaron las pretensiones.

Efectivamente, para la fecha de presentación de la demanda¹⁷ la cuantía exigida para que las acciones de controversias contractuales tuvieran vocación de doble instancia era la suma de \$ 9.610. 000 (artículo 131 del C.CA. subrogado Decreto 597/88) y, la pretensión mayor del libelo asciende a la suma de \$ 170'362.119.00 por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante)¹⁸.

2) Excepciones de fondo

2.1. La ineptitud de la demanda.

La Sala considera que el criterio sostenido por el Tribunal de instancia para declarar infundada la excepción de inepta demanda planteada por la parte demandada, quien en su sentir fue equivocada la escogencia de la acción por parte del actor, es acertada, porque frente a la filosofía consagrada constitucionalmente en materia de prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal o procedimental, pues si bien es cierto que, cada una de las acciones, más técnicamente pretensiones, contenidas y disciplinadas en el Código Contencioso Administrativo, responden a un supuesto de hecho debidamente

¹⁷ 15 marzo de 1994

¹⁸ FI 229. C. 1.

delimitado en dicho código de procedimiento, diferenciándose claramente las diferentes acciones, no lo es menos que en un momento inicial el actor encauzó la demanda como de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo posteriormente reforma o aclara la demanda, de cuyo contexto se deriva que la acción ejercitada es la de controversias contractuales. Así las cosas, acertó el a quo al declarar infundada la excepción.

2.2. Falta de legitimación en causa por pasiva.

El Departamento del Huila propuso como excepción la de “Ilegitimidad en el sujeto pasivo”, al considerar que dicha entidad no podía ser vinculada al proceso de la referencia, en razón a que los actos proferidos con ocasión de la solicitud de prórroga del contrato de concesión firmado entre la Beneficencia del Huila y SEAP HUILA LTDA., fueron expedidos por la Junta Directiva y el Gerente de la Beneficencia del Huila, establecimiento público del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, conforme al decreto 1222 de 1986 y al decreto ordenanzal No 300 de 1982, acto administrativo mediante el cual se le dio autonomía a la entidad.

Acertó el Tribunal de instancia al declarar probada esta excepción, sin embargo precisa la Sala que la Jurisprudencia de la Corporación excluye la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, como quiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado¹⁹.

Como en este caso hay certeza de que las únicas entidades intervinientes en la relación comercial fue la Beneficencia del Huila y la SEAP HUILA LTDA, sin que el departamento del Huila hubiese tenido participación alguna en ese asunto, es lógico que ésta última entidad no tenía por qué ser vinculada como parte demandada dentro de este proceso, tal como lo expuso el a quo.

3.- Hechos probados

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356.

3.1. Está demostrado que entre la BENEFICENCIA DEL HUILA y la SOCIEDAD DE APUESTAS PERMANENTES DEL HUILA LTDA –SEAP HUILA LTDA -, el 2 de mayo de 1991 suscribieron el contrato de concesión, cuyo objeto era “la explotación del juego de Apuestas Permanentes “Chance”, en todo el territorio del Departamento del Huila a cambio de regalía por su explotación a favor de la Concedente y por parte del Concesionario. Que el término de duración del contrato se estipuló en dos (2) años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento, y podrá ser prorrogado con aprobación de la Junta Directiva de la Entidad, previo estudio de su conveniencia a solicitud del contratista, quien deberá solicitarla con dos (2) meses de anticipación al vencimiento²⁰.

3.2. El 7 de junio de 1993 la sociedad Apuestas Permanentes del Huila - SEAP HUILA LTDA-, presentó ante la Beneficencia del Huila, la solicitud de prórroga del contrato, con las exigencias de orden legal, petición que es reiterada el 5 de agosto de 1993.²¹

3.3. La Junta Directiva de la Beneficencia del Huila en sesión del 16 de septiembre de 1993, recogida en acta 021 de la misma fecha, al entrar a estudiar la posibilidad de prorrogar el contrato de concesión de apuestas permanentes, con la firma SEAP HUILA LTDA, por votación mayoritaria determinó la prórroga del contrato de concesión para el juego de apuestas permanentes²².

3.4.- La Gerencia de la Beneficencia del Huila expide el oficio No 0572 del 17 de septiembre de 1993 dirigido al Gerente de la SEAP HUILA LTDA, en donde le impone unas condiciones para efectos de prorrogar el citado contrato²³.

3.5. La Gerencia de la Beneficencia del Huila mediante oficio No 0574 del 21 de septiembre de 1993 y dirigido al Gerente de la sociedad demandante, le manifiesta su voluntad de no firmar la prórroga del contrato de concesión, en razón a dicho contrato había expirado el 20 de septiembre anterior y por ende ya no se podía prorrogar.²⁴

²⁰ Fls 45 a 49. C. 1

²¹ Fls 52 a 65, ib.

²² Fls 72 a 96, ib.

²³ Fl 97, ib.

²⁴ Fl 101, ib.

3.6.- La Junta Directiva de la Beneficencia del Huila profirió el acuerdo No 030 del 29 de diciembre de 1993, por medio del cual se revoca la decisión tomada en el acta No 021 de septiembre 16 de 1993, de prorrogar el contrato de concesión con la firma SEAP HUILA LTDA²⁵.

3.7.- El Gerente de la Beneficencia del Huila en cumplimiento del acuerdo relacionado en el numeral precedente, profiere la Resolución No 1007 del 29 de diciembre de 1993, ordenando revocar la decisión de prorrogar el contrato de concesión de Apuestas Permanentes con la firma SEAP HUILA LTDA y ordena a la Concesionaria someterse a los trámites pertinentes para la liquidación del contrato²⁶.

3.8.- Contra dicha decisión la SEAP HUILA LTDA, interpone recurso de reposición, el cual es decidido por la Gerencia de la Beneficencia del Huila a través de la Resolución No 069 del 31 de enero de 1994, donde se ratifica en todas sus partes la Resolución No 1007 de diciembre 29 de 1993²⁷.

3.9.- Se dice en el acuerdo No 1030 de 1993 expedido por la Junta Directiva de la Beneficencia del Huila que la "Vigencia del referido contrato de concesión, empezó el 20 de septiembre de 1991, fecha en la cual el Honorable Tribunal Contencioso del Huila lo declaró ajustado a derecho **y su término expiró el 19 de septiembre de 1993**".

4.- Naturaleza jurídica del contrato de concesión y caso concreto

Los juegos de apuestas permanentes con premio en dinero están regulados por una normativa especial, 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.

Sobre el particular, conviene recordar lo que señaló esta Corporación en lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica del contrato en referencia, la cual citamos *in extenso* porque ella tiene aplicación integral al caso materia de estudio. Dijo la Sala en esa oportunidad:

²⁵ Fls 19 a 22. C. 1.

²⁶ Fls 31 a 33, ib.

²⁷ Fls 41 a 44, ib.

“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.

(...)

“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 acudir 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.

“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.

“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).

“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)²⁸

²⁸ Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1.998. CP.: Ricardo Hoyos Duque. Rad. 10.217.

En efecto: 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 1.982²⁹.

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 validez³⁰.

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 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 previstas³¹.

²⁹ “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.”

³⁰ “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.”

³¹ “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.”

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 permanentes³².

"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."

³² "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."

"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 seccional 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 artículo 9, de la 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."

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 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 10³³.

“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”. (...).”

³³ **“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. – Resalta la Sala -**

“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. – Resalta la Sala -

“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.

Del citado cuerpo normativo se desprende que fue el legislador quien determinó la naturaleza jurídica del 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 lo antes expuesto no hay espacio para la duda que la naturaleza contractual del contrato de concesión, es la de ser un contrato administrativo para la explotación de bienes del Estado, por cuanto su objeto está integrado por la concesión al contratista para su explotación, del juego de Apuestas Permanentes "Chance". Luego el contrato no puede estar sometido a normas de derecho privado y menos cuando tiene la cláusula de caducidad para su control por esta jurisdicción, siendo la naturaleza de su objeto de derecho público y su finalidad de interés público la que lo caracteriza como contrato administrativo.

El artículo 83 de la Constitución Política consagra que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe; la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Si se lee con detenimiento el contrato de concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes "chance", celebrado entre la beneficencia del Huila y la Sociedad de Apuestas Permanentes del Huila Ltda "SEAP HUILA LTDA", se tiene que en la Cláusula Sexta del referido contrato se estipuló lo siguiente: "Obligaciones del concesionario. El concesionario está obligado además de lo dispuesto en la ley 1ª de 1982, Decreto Legislativo 386 de 1983, Decreto 033 de 1984, Decreto 1988 de 1987; Decreto 2527 de 1987, ley 53 de 1990, Ordenanza 026 de 1988, Código Fiscal y demás normas legales (...). Así mismo en la Cláusula Décima Tercera del contrato, se estipuló de manera expresa lo siguiente: "Terminación Modificación e Interpretación Unilateral. El presente contrato se rige por los principios de terminación modificación e interpretación unilaterales, de acuerdo con lo establecido por los Decretos Leyes 222 de 1983 y 1222 de 1986".

"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.

"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". (...)

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 contiene un principio general sobre contratación según el cual "En todo contrato se entenderán incorporadas las Leyes vigentes al tiempo de su celebración".

Se ha entendido por contrato administrativo el "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas"³⁴ En nuestro derecho en este tipo de actuaciones se presume la buena fe de las partes.

Conforme a nuestra legislación actual, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Además se ha considerado a esta relación contractual como una ley para las partes.

Por lo demás, debe dejarse establecido que un contrato administrativo sólo podía adicionarse mediante un nuevo acuerdo de voluntades, y sobre materias tales como el plazo o el valor: pero en ningún caso era legalmente posible modificar su objeto.

Como en este caso está demostrado con la documentación visible a folios 52 a 56 y 324 a 341 del cuaderno, suscritas por el subgerente de la SEAP HUILA LTDA y por el apoderado judicial de la misma, respectivamente, en donde afirman de manera categórica, que el contrato de concesión que dan cuenta los autos fue **precedido de licitación pública**, "(...) en la que se presentaron ocho solicitantes dos foráneos y seis de la región, entre ellos SEAP HUILA LTDA. Luego de cerrada la licitación pública y estudiadas las propuestas se determinó que la mejor era la de SEAP HUILA LTDA., por lo que le fue adjudicado el contrato (...)", lo anterior trae como consecuencia, que al caso sub lite se le aplique el artículo 9 del Decreto 1988 de 1987, el cual disponía que "**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". -Resalta la Sala -.

³⁴ Derecho Administrativo, Miguel S. Marienhof. Editorial Albaladejo Perrot. Buenos Aires 1983. Tomo III A. Pág. 34.

Recuérdese pues, que el ejercicio de la autonomía privada implica para las partes del negocio la observancia de la carga de claridad y precisión, que en materia contractual administrativa, adquiere particular relevancia, por la consideración que los actos y negocios jurídicos que celebren las entidades públicas, están sujetos de ordinario al cumplimiento de precisos requisitos de naturaleza legal, establecidos como una necesaria garantía de la claridad y transparencia que debe mediar en todo el proceso de contratación y sin los cuales, no pueden aspirar las partes a derivar efectos vinculantes del negocio celebrado, más allá del acto de disposición de intereses objeto de regulación.

No resulta admisible entonces, que en este caso se procediera a la prórroga del contrato de concesión, cuando terminante el 9 del Decreto 1988 de 1987, prohibía expresamente su prórroga, norma aplicable al contrato que ha originado el presente proceso.

Por lo demás, vistas e interpretadas adecuadamente las estipulaciones contractuales, en momento alguno la entidad demandada se obligó a prorrogar indefinidamente mediante el instrumento de los contratos adicionales, la relación negocial, toda vez que a la luz de la cláusula segunda ella quedó supeditada al previo estudio de su conveniencia por parte de la Beneficencia del Huila, lo cual es muy diferente a pretender encontrar por la vía de la interpretación, la existencia de una obligación indefinida a cargo del ente demandado, de prorrogar la ejecución del contrato más allá del término previsto, y aunque lo hubiese pactado, una estipulación de tal naturaleza devendría completamente ineficaz pues con arreglo al artículo antes citado, en concordancia con el art. 58 del decreto 222 de 1983 las prórrogas automáticas se encontraban expresamente prohibidas.

En ese orden de ideas, difícil resulta aceptar, que el principio de la buena fe, implicaba para el demandado el deber de prorrogar el plazo indefinidamente como para predicar que el no haberlo hecho, configure un verdadero incumplimiento contractual, pues no debe perderse de vista que bajo el manto de la aplicación de dicho principio, no pueden las partes del negocio jurídico celebrado, violar abiertamente el estatuto contractual.

Ciertamente que, la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de la corrección, la claridad y la recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato. Pero ello es bien diferente a pretender derivar conductas y deberes que se concretarían en una violación manifiesta de las normas de orden público que disciplinan la actividad comercial de las entidades públicas, dentro de las cuales, desde luego, ocupa lugar preponderante las que regulan los mecanismos de selección y la forma de ejecución de los contratos estatales.

En lo que hace al perjuicio reclamado por el demandante, que hace consistir en los eventuales ingresos que habría podido derivar de haberse efectuado la prórroga del contrato, se tiene que resultan completamente inciertos, toda vez que en el caso concreto, la relación comercial terminó por vencimiento del término pactado en el contrato, lo cual tuvo ocurrencia el 20 de septiembre de 1993 y en esas condiciones a la entidad demandada no le asistía interés por razones de conveniencia de prorrogar el contrato y de mantener la prolongación indefinida de la relación contractual, más aún cuando los procesos de contratación han de procurar en todo momento la realización de los cometidos de la administración pública con la mira puesta siempre en el interés general al cual apuntan, más sin embargo, no habiéndose obligado el demandado a nada diferente a lo que el texto del contrato muestra, imposible resulta predicar la vulneración de interés jurídico alguno cuya titularidad pudiera ostentar el contratista demandante.

Sí, la entidad no prorrogó el plazo del contrato, lo fue fundamentalmente porque la oficina jurídica del Departamento advirtió la imposibilidad de hacerlo sin que mediara una justificación técnica y sostiene la Sala, además una jurídica, pues ya se observó que, la ley no permitía la prórroga automática de los contratos y actuar de manera diferente sería una conducta claramente violatoria de las disposiciones del estatuto contractual y desde luego violatoria de los principios que informan la contratación estatal.

De allí no se sigue la existencia de un verdadero incumplimiento, pues este fenómeno se predica de la contravención a las obligaciones que surgen del

negocio y nunca a las aspiraciones que tenga el contratista con relación al objeto del contrato, las cuales, no están incluidas dentro del contenido negocial.

En consecuencia y por las razones antes anotadas, si se hubiese estipulado una prórroga automática en el contrato celebrado, con fundamento en las disposiciones antes citadas, no podía hacerse uso de ella por cuanto expresamente se hallaba prohibida por las mismas, motivo por el cual la cláusula en que se hubiese estipulado ésta, carecería de validez jurídica.

La Corte Constitucional refiriéndose al tema de la prórroga en los contratos de concesión, ha puesto de presente que la prórroga de las concesiones no implica en sí misma una figura inconstitucional, reconociendo, por el contrario, que puede constituir un valioso instrumento para la administración, resultando aconsejable desde el punto de vista técnico y financiero en ciertas situaciones. Así lo expresó en sentencia C-949 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), a propósito de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones:

“[...] no puede desconocerse que la prórroga de los contratos...puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato [...]”.

Y así lo reiteró, al examinar la prórroga de las concesiones para la prestación de los servicios postales, prevista en el artículo 37 de la Ley 80. Sostuvo:

“[...] La prórroga constituye un valioso instrumento para la administración, por cuanto pueden existir eventos en los que la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio público hagan aconsejable la extensión del plazo inicial del respectivo contrato [...]”.

En suma, es necesario resaltar que el simple hecho de que en la norma se plantee la posibilidad de prorrogar el término de los contratos no implica en sí misma una limitación a la libre competencia. Como tampoco sería correcto afirmar, al estilo de lo dicho por el demandante, que la previsión de la prórroga de un contrato de concesión implique la privatización de un sector o la apropiación de unos bienes públicos afectados para su prestación. **No sobra**

destacar que la entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática. - Resalta la Sala -

Es decir que en criterio de la Corte Constitucional, la prórroga automática de los contratos de concesión si es inconstitucional por comportar una limitación irrazonable a la libre competencia económica. Así se advirtió en Sentencia C-350 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), a propósito de la prórroga automática de los contratos de concesión de servicios de televisión que preveía el artículo 40 de la ley 14 de 1991:

“[...] La pregunta que surge es si la prórroga prevista en el artículo 40 de la ley 14 de 1991, la cual algunos entienden “automática” en la medida en que obligaba al concedente, no así al concesionario, siempre y cuando que se cumplieran los presupuestos previstos en dicha norma, esto es que el concesionario obtuviera el 80% o más del total de puntos previstos en las condiciones generales establecidas para el efecto por la CNTV, impedía o restringía el acceso democrático al uso del espectro electromagnético, o la garantía de igualdad de oportunidades que el Estado debe ofrecer a “todos” los ciudadanos que aspiren a utilizarlo para realizar el derecho a fundar medios masivos de comunicación, que para ellos consagró el artículo 20 de la Constitución.

“Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. Las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello”.

Así las cosas, no encuentra la Sala, que en los actos acusados expedidos por la Beneficencia del Huila, en lo que toca con la no prórroga del contrato de concesión, se hubiese incurrido en irregularidad alguna, puesto que de las pruebas traídas al expediente lo que nos demuestran es que no existió un acuerdo de voluntades entre las partes para lograr la referida prórroga; y tampoco es posible jurídicamente considerar como lo pretende el demandante que pese a no existir ese acuerdo de voluntades, el contratista tenía derecho a la prórroga automática del contrato, pues lo anterior estaría desconociendo las normas legales antes citadas, y tal como lo dijo la Corte Constitucional **“la entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática”**, por lo que la Sala confirmará la sentencia apelada.

Finalmente, como el día 25 de octubre de 2011, el apoderado judicial a quien se le revocó el poder presentó “incidente de regulación de honorarios”, la Sala se abstiene de darle trámite al mismo, en razón a que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 64 del C.C.A, el cual adicionó el artículo 210 A, se dispuso que “En segunda instancia no se tramitará incidente de regulación de honorarios. Resuelta la apelación, el proceso se remitirá al juez de primera instancia para que lo tramita y decida”. Por lo que el trámite del incidente de regulación debe ser adelantado por el a quo, una vez llegue el expediente a su despacho en los términos de ley.

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

FALLA:

1. **Confirmar** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Bogotá, Sección Tercera, el 19 de diciembre de 2000.
2. Reconózcase personería al doctor Milton Hernán Rodríguez Agudelo, identificado con la cédula de ciudadanía No 79.576.696 expedida en Bogotá y portador de la T.P. No 94.043 del C. S. de la J., como apoderado judicial de la Sociedad Apuestas Permanentes del Huila Ltda. - SEAP HUILA LTDA-, en los

términos y para los efectos presentados en el poder visible a folio 460 del cuaderno principal.

3.- Como consecuencia de la revocatoria del poder que se le hace al doctor Wilfrand Cuenca Zuleta, la Sala se abstiene de reconocer la sustitución que se solicita en el memorial obrante a folio 462, ibídem e igualmente no le da trámite al “incidente de regulación de honorarios” interpuesto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

4.- En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

