

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S
CONTRA
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL
MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR
- COLJUEGOS**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinte y cuatro (24) de febrero de dos mil diez y siete (2017)

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de laudo dentro del presente proceso arbitral, el Tribunal Arbitral profiere en derecho, el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad **INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S.** y la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS** -, con ocasión de la imposición de multas bajo el contrato de concesión N° C-989 de 2013 celebrado entre las partes del presente proceso arbitral, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. PARTES PROCESALES

1.1.1. Parte Convocante

La parte convocante de este proceso arbitral es la sociedad **INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS SAS.** sociedad

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

comercial, constituida mediante escritura pública número 8.802 otorgada ante la Notaría 19 del Círculo de Bogotá D.C. con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C. identificada tributariamente con el NIT 830132329-5 y representada legalmente por el señor William Ernesto Robayo Romero de conformidad con el certificado de existencia y representación de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en el expediente (Cuaderno Principal No 1, folios 21 a 23).

En esta providencia, a la sociedad **INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S.** se hará referencia o aludirá, además e indistintamente, como IGGS, el Convocante o la Parte Convocante.

1.1.2. Parte Convocada

La parte convocada en el presente proceso arbitral es la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS** -, entidad creada mediante el Decreto No. 4142 del 3 de noviembre de 2011, como una empresa descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. (Cuaderno Principal No 1, folios 54 a 58).

En esta providencia, a la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS** se hará referencia o aludirá, además e indistintamente, como Coljuegos, el Convocado o la Parte Convocada.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Tanto a la Parte Convocante como a la Parte Convocada, se hará referencia en el presente laudo de manera conjunta, como las Partes.

El Ministerio Público estuvo representado por la Procuradora 55 Judicial II para asuntos administrativos.

Asimismo, se hicieron las notificaciones y se enviaron las comunicaciones a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de conformidad con las disposiciones legales, quién no participó en el presente proceso arbitral.

1.2. EL CONTRATO

Las controversias suscitadas entre las Partes del presente proceso arbitral, devienen de la imposición de multas con ocasión del contrato de concesión C-989 de 2013, suscrito entre **INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS SAS** y la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – COLJUEGOS-**, el día 8 de enero de 2013 y cuyo objeto, según la cláusula primera, es el siguiente:

“Primera - Objeto: El presente contrato tiene por objeto concesionar la operación de CIEN (100) MÁQUINAS ELECTRÓNICAS TRAGAMONEDAS CON APUESTA HASTA \$500, instrumentos de juego de suerte y azar, que se ubicarán en los locales comerciales de conformidad con la autorización otorgada mediante Resolución No. 331 del 27 de septiembre de 2011, así...”

Las cien (100) máquinas electrónicas tragamonedas sobre las que recae la concesión, son aquellas indicada en la cláusula primera del contrato de concesión C-989 de 2013 y en la Resolución No. 331 del

**INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443**

27 de septiembre de 2012, que obra en el expediente del proceso (Folio 1 a 8 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

Debe indicarse que, el Contrato fue terminado unilateralmente por Coljuegos, mediante la Resolución No. 2.299 del 25 de noviembre de 2014, confirmada mediante la Resolución 3.007 del 6 de marzo de 2015, hecho que aunque no fue alegado ni puesto de presente en el presente proceso arbitral, será analizado oficiosamente por el Tribunal Arbitral, en los términos indicados posteriormente.

1.3. EL PACTO ARBITRAL

Las Partes del presente proceso arbitral, acordaron someter la solución de sus controversias a un tribunal de arbitramento, mediante la inclusión de cláusula compromisoria en el contrato de concesión No. C-989, en los siguientes términos:

***“DÉCIMA TERCERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA.-** Las partes convienen someter las diferencias que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros; el arbitramento será en derecho. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia”.*

1.4. INICIACIÓN DEL TRÁMITE

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria transcrita, por intermedio de apoderado judicial, la sociedad **INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S.**, presentó el día treinta (30) de

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

julio de dos mil catorce (2014), solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral en contra de la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – COLJUEGOS-**.

1.4.2.El día 19 de agosto de 2014, se llevó a cabo reunión de designación de árbitro en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En dicha audiencia, las Partes solicitaron de común acuerdo, suspender la reunión, con el fin de dar cumplimiento a todos los requisitos de ley, necesarios para llevar a cabo la designación.

1.4.3.Una vez surtido el trámite de designación de árbitro de conformidad con la Directiva Presidencial No. 02 de 2014 y demás requisitos y disposiciones aplicables, las Partes se reunieron el 2 de octubre de 2015 para adelantar la designación de árbitro.

1.4.4.A través de reunión de designación de árbitro, las Partes designaron de común acuerdo para resolver las diferencias surgidas entre ellas, como árbitro principal al doctor Felipe Hadad Álvarez y como árbitro suplente a Camilo José Orrego Morales. Estas designaciones fueron ratificadas por los representantes de las Partes (Cuaderno Principal No 1, folios 78 a 91).

1.4.5.El doctor Felipe Hadad Álvarez manifestó su aceptación, dentro de la oportunidad legal, cumpliendo en su totalidad con el deber de información previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás disposiciones aplicables, sin pronunciamiento o reparo alguno de las Partes.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

1.4.6. El día 19 de noviembre de 2015, se dio inicio a la audiencia de instalación, en la cual, mediante Autos No. 1 y No. 2 de la misma fecha, se declaró legalmente instalado el Tribunal; se reconoció personería jurídica a la apoderada de la Parte Convocante como a la apoderada de la Parte Convocada; se fijó la sede de funcionamiento del Tribunal, se designó como secretario a Daniel Villarroel Barrera, se admitió la demanda y se ordenó la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio Público y a la Parte Convocada de conformidad con el artículo 612 del Código General del Proceso y el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, así como correr el traslado correspondiente (Cuaderno Principal No 1 folios 149 a 151).

1.4.7. La Parte Convocada, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fueron debidamente notificados de la admisión de demanda arbitral y se dio el traslado respectivo con la entrega de la demanda y sus anexos, de conformidad con las ritualidades legales.

1.4.8. Una vez aceptada la designación del secretario, y surtido el deber de información en los términos del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, a través de Auto No. 3 de 1 de diciembre de 2015, debidamente notificado, se posesionó a Daniel Villarroel Barrera como secretario del Tribunal del presente proceso arbitral.

1.4.9. El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se pronunciaron durante el término del traslado.

1.4.10. El 16 de febrero de 2016, dentro del término de traslado de la demanda, la apoderada de la Parte Convocada, presentó escrito mediante el cuál dio contestación a la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

1.4.11. El día 17 de febrero de 2016, el Tribunal Arbitral dio en debida forma, traslado de la contestación de la demanda, por el término de cinco días, término que venció sin pronunciamiento de la Parte Convocante ni el Ministerio Público.

1.4.12. El día 7 de marzo de 2016, se llevó a cabo la audiencia de conciliación del presente proceso arbitral, con la comparecencia de las Partes y del Ministerio Público. En la medida que no existía acta del Comité de Conciliación de la Parte Convocada respecto del asunto en discusión y con posterioridad al inicio de la demanda, se suspendió la audiencia de conciliación, y se fijó el 14 de marzo de 2016, como fecha para continuar la misma.

1.4.13. El 14 de marzo de 2016, se reanudó la audiencia de conciliación, con la comparecencia de las Partes y del Ministerio Público, la cual se declaró fracasada habida cuenta de la imposibilidad evidenciada para que las Partes llegaran a un acuerdo, ordenando, en consecuencia, la continuación del trámite. Trabada la litis y agotada la audiencia de conciliación, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos del proceso, montos que fueron pagados por las Partes en los plazos establecidos.

1.4.14. En relación con los honorarios entregados al Tribunal, dado que la Parte Convocante entregó una suma correspondiente al doble de los honorarios que correspondían a cada Parte, el Tribunal devolvió a la Parte Convocante la totalidad de las sumas pagadas en exceso; sumas que declaró haber recibido de forma satisfactoria la Parte Convocante.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

1.4.15. El 11 de mayo de 2016, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, con la comparecencia de las Partes y el Ministerio Público, en la cual el Tribunal se declaró competente. En relación con la competencia, en esta audiencia, el Tribunal Arbitral explicó y presentó en extenso, las razones de la competencia del mismo, providencia de declaratoria de competencia que no fue recurrida.

1.4.16. Ejecutoriada la providencia por medio la cual el Tribunal se declaró competente, decretó las pruebas solicitadas por la Partes y se decretaron pruebas de oficio.

1.4.17. El Tribunal resolvió tener como pruebas los documentos aportados por la Parte Convocante en su escrito de demanda y por la Parte Convocada en su escrito de contestación.

1.4.18. Dentro de la etapa probatoria se rindió el informe de la Parte Convocada respecto de los asuntos indicados en el Auto No. 10 del 11 de mayo de 2016, del cual se dio traslado, sin pronunciamiento alguno.

1.4.19. El dictamen pericial solicitado por la Parte Convocante fue rendido el 10 de agosto de 2016, del cual se dio traslado a las Partes y al Ministerio Público mediante Auto No. 13 de octubre 4 de 2016, debidamente notificado, sin pronunciamiento alguno.

1.4.20. Las pruebas de oficio decretadas por el Tribunal correspondieron a: (i) Prueba de informe a Coljuegos respecto de: a) reporte de mora generado por ETESA; b) si con la Previsora u otra compañía de seguros se ha presentado inconveniente por el cambio del modelo y/o texto de los contratos de concesión; c) la fecha de firma

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

del contrato C-0989; d) información de fechas y suscripción de otros contratos y sus correspondientes pólizas. De este informe, se dio traslado el 13 de julio de 2016 sin pronunciamiento alguno durante el término del traslado; (ii) Prueba de informe de La Previsora S.A. Compañía de Seguros respecto de la solicitud de la póliza del Contrato, informe remitido el 15 de junio de 2016, y del cuál se dio traslado el 13 de julio de 2016, sin pronunciamiento alguno durante el término del traslado; (iii) Prueba de informe de la sociedad Tecnoseg Ltda. respecto de la solicitud de la póliza del Contrato, informe remitido el 14 de junio de 2016, y del cuál se dio traslado el 13 de julio de 2016 sin pronunciamiento alguno durante el término del traslado.

1.4.21. Practicadas todas las pruebas, se declaró cerrado el período probatorio y se citó a audiencia de alegatos de conclusión.

1.4.22. En audiencia adelantada el 27 de octubre de 2016, las Partes expusieron sus alegatos de conclusión. Asimismo, el Ministerio Público participó e intervino en esta audiencia.

1.4.23. Mediante Auto No. 14 del veinte y siete (27) de octubre de 2016, el Tribunal señaló el día trece (13) de diciembre de 2016, para audiencia de laudo.

1.4.24. De conformidad con solicitud conjunta de las Partes formulada el 13 diciembre de 2016, mediante Auto No. 15 se suspendió el proceso entre el 13 de diciembre de 2016 y el 25 de enero de 2017, ambas fechas incluidas.

1.4.25. El 23 de enero de 2017, la Parte Convocante solicitó prorroga del término del presente proceso arbitral, por un (1) mes adicional. La Parte Convocada, mediante comunicaciones del 26 de

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

enero de 2017 y 1 de febrero de 2017, se adhirió a la solicitud de prórroga del término del proceso arbitral.

1.4.26. Mediante Auto No. 16 de 2 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral (i) accedió a la petición de prórroga del presente proceso arbitral por un (1) mes, término que debía contarse desde el 7 de febrero de 2017.

1.4.27. Mediante Auto No. 16 de 2 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral, decretó de oficio (1) prueba de informe a Coljuegos respecto de: (a) Si el contrato No. C-989 de 2013 fue suscrito o no dentro del término de autorización establecido en la Resolución 331 del 27 de septiembre de 2012 o bajo cualquier otra autorización otorgada por la Parte Convocada, con los correspondientes soportes y razones detalladas de la respuesta, (b) prueba de informe explicando de manera detallada y precisa, las razones de la fecha de suscripción del contrato No. C-989 de 2013, con los correspondientes soportes y razones detalladas de la respuesta, y (2) orden para que allegará al presente proceso, todos los documentos que soporten el envío y recepción de las comunicaciones de fecha 29 de enero de 2013 y 8 de febrero de 2013.

1.4.28. Mediante Auto No. 17 del veinte y uno (21) de febrero de 2017, el Tribunal señaló el día veinte y cuatro (24) de febrero de 2017, para audiencia de laudo.

1.4.29. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino en el presente proceso arbitral.

1.5. TÉRMINO PARA FALLAR

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 “Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello”.

Acá debe anotarse que, en la audiencia de alegatos de conclusión del 27 de octubre de 2016, las Partes solicitaron de común acuerdo, suspender el presente proceso arbitral desde el 28 de octubre de 2016 y hasta el 12 de diciembre de 2016, ambas fechas inclusive; solicitud de suspensión a la cual accedió el Tribunal. Adicionalmente, el día 12 de diciembre de 2016, se solicitó de manera conjunta suspensión del presente proceso arbitral desde el 12 de diciembre de 2016 y hasta el 25 de enero de 2017, ambas fechas inclusive; solicitud de suspensión a la cual accedió el Tribunal. Asimismo, las Partes solicitaron prorrogar por el término de un (1) mes, el término del presente proceso judicial, solicitud a la que accedió el Tribunal Arbitral, término que empezó a contarse desde el 7 de febrero de 2017.

El Tribunal se encuentra en término para fallar, toda vez que culminada la primera audiencia de trámite del presente proceso arbitral, el 11 de mayo de 2016, y teniendo en cuenta las suspensiones decretada entre el 28 de octubre de 2016 y el 12 de diciembre de 2016 y entre el 12 de diciembre y el 25 de enero de 2017, como la prórroga de un (1) mes, solicitada por las Partes y decretada por el Tribunal, el término del presente proceso,

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

correspondiente a los seis meses iniciales, más la prórroga de un mes, vencería entonces el 7 de marzo de 2017. Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el laudo.

1.6. LA DEMANDA

1.6.1.Pretensiones

En la demanda, la Parte Convocante, formuló las siguientes pretensiones, que se transcriben tal y como fueron formuladas en la demanda:

“1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos contractuales expedidos por la autoridad demandada:

- *Resolución No. 149 del 18 de febrero de 2013, de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de COLJUEGOS, por la cual impuso una multa a International Games Sistem Solutions S.A.S.*
- *Resolución No. 963 de 2013, de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de COLJUEGOS, “por la cual se aclara la liquidación de la sanción impuesta mediante Resolución No. 149 de 2013”*
- *Resolución No. 1206 de 2013, de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de COLJUEGOS, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 963 de 2013.*

2. Que se condene a COLJUEGOS a indemnizar integralmente los perjuicios causados a International Games Sistem Solutions S.A.S. con ocasión de las acciones y omisiones que originan la controversia contractual planteada, que aparezcan probados en el proceso

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

mediante dictamen pericial y que se estiman, en principio, en suma no inferior a \$61.815.636.

3. Que se cancele cualquier información o registro sobre la multa impuesta a mi mandante; y, en caso de que ya se haya hecho efectivo el cobro de la multa, mediante la devolución de lo pagado indebidamente con la correspondiente actualización y sus intereses.

4. Que como medida de reparación se ordene a la entidad demandada a ofrecer públicamente disculpas por los daños causados a International Games Sistem Solutions S.A.S. por las acciones y omisiones de COLJUEGOS que dieron lugar a la controversia contractual planteada.

6. Que se condene en costas procesales y agencias en derecho a la entidad demandada”.

1.6.2. Los hechos de la demanda

En la demanda, la Parte Convocante expuso los siguientes hechos:

“

- 1. Mediante Resolución No. 331 del 27 de septiembre de 2012, expedida por el Presidente de COLJUEGOS, se autorizó a la Sociedad International Games Sistem Solutions S.A.S., para la suscripción de un contrato de concesión para operar juegos de suerte y azar, en la modalidad de juegos localizados, por un término de tres años a partir de la celebración del contrato de concesión y la aprobación de la respectiva póliza de cumplimiento.*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

2. *De acuerdo con la autorización dada por la Resolución 331 de 2012, COLJUEGOS celebró el contrato de concesión No. C-989 del 08 de enero de 2013 con Sociedad International Games Sistem Solutions S.A.S. con el objeto de concesionar la operación de cien máquinas electrónicas tragamonedas con apuesta hasta quinientos pesos (\$500).*
3. *El contrato No. C-989 del 08 de enero de 2013 previó en su cláusula séptima, que el concesionario constituiría una póliza a favor de COLJUEGOS para amparar los siguientes riesgos: a) Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de concesión y el pago de las sanciones que se llegaren a imponer, incluyendo el pago de multas y la cláusula penal pecuniaria, por un monto equivalente al 15% del valor del contrato con una vigencia igual al contrato y cuatro meses más; b) Pago de salarios y prestaciones sociales por un monto equivalente al 5% del valor del contrato con una vigencia igual a la del contrato y tres años más; c) Pago de premios a los apostadores por un monto equivalente al 5% del valor del contrato de concesión con una vigencia igual a la del contrato y tres meses más.*
4. *La aprobación de la garantía es un requisito de ejecución del contrato según la cláusula vigésima del contrato, a la vez que fue prevista como un requisito de legalización según la cláusula vigésima quinta.*
5. *En cumplimiento de sus obligaciones, mi mandante adelantó las gestiones para la constitución de la póliza ante el intermediario de seguros TECNASEG LTDA, colocador de seguros de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., pero esta compañía manifestó que para expedir la garantía era necesario obtener un*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

paz y salvo en el que se aclarara un reporte de mora generado por ETESA (anterior administradora del monopolio de juegos de suerte y azar) contra mi mandante; y además de eso, que era necesario “la inclusión de un texto para delimitar el alcance de la cobertura por parte de la aseguradora”, pues en las condiciones solicitadas por COLJUEGOS no era posible expedir la póliza porque la responsabilidad de la aseguradora, ante un posible evento de incumplimiento en el pago de los derechos de explotación y gastos de administración, se encontraba abierta en el tiempo, lo cual además impedía la cuantificación del riesgo, dando lugar a un riesgo no asegurable.

- 6. Tanto la solicitud del paz y salvo como la situación referente a la delimitación de responsabilidad de la aseguradora fueron puestas en conocimiento de COLJUEGOS mediante escritos radicados en dicha entidad los días 07, 08 y 21 de febrero de 2013 bajo los números de correspondencia 20132160031752, 20132160032972 y 20132160044642, respectivamente.*

- 7. Sin dar respuesta a las solicitudes escritas mencionadas en el hecho anterior, COLJUEGOS expidió la Resolución No. 149 del 18 de febrero de 2013, por la cual impuso una multa a International Games Sistem Solutions S.A.S., bajo argumento de aplicación del numeral 2 de la cláusula octava del contrato de concesión relativo a la omisión de la obligación de constituir, renovar o ampliar la garantía de cumplimiento; multa que en esa oportunidad se tasó a razón de quinientos quince mil ciento treinta pesos (\$515.130) por cada día de retraso, limitando su tasación al 10% del valor del contrato, suma correspondiente a sesenta y un millones ochocientos quince mil seiscientos treinta y seis pesos (\$61.815.636°°).*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

8. *La Resolución 149 de 2013 fue expedida en audiencia a la que no compareció el representante de la Sociedad sancionada por no haber sido enterado personalmente de esta situación, sin que en dicho acto administrativo se hiciera mención alguna a las tres solicitudes radicadas por mi mandante relativas a la expedición del paz y salvo y a la dificultad presentada con la aseguradora por el límite de responsabilidad para poder expedir la póliza; incumpléndose con ello el deber de motivación precisa y detallada (artículo 24.7 de la ley 80 de 1993) y violando los mandatos de la buena fe (artículo 28 ídem) al proferir una sanción cuando de antemano COLJUEGOS sabía cuáles eran las causas que impedían la constitución de la póliza, causas que le resultaban imputables a la entidad contratante.*

9. *La Resolución 149 de 2013 quedó en firme en la misma audiencia.*

10. *El día 22 de marzo de 2013 COLJUEGOS y mi mandante suscribieron el otrosí No. 01 al contrato de concesión C-989 de 2013, en el cual se incluyó un texto para delimitar la responsabilidad de la compañía aseguradora, texto que fue incluido en el inciso segundo del numeral 2 que se adicionó a la cláusula sexta, en los siguientes términos: “La responsabilidad de la compañía de seguros, cuando el cumplimiento del contrato esté garantizado con póliza de seguro estará limitada respecto de las obligaciones de pago a las dos mensualidades o los 90 días dispuestos como plazo. Subsano el incumplimiento para nuevos y posteriores incumplimientos este término se computará nuevamente de manera independiente.”*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

11. *La razón por la cual se suscribió el otrosí No. 01 fue la necesidad de solucionar el problema generado por la misma entidad al pedir una póliza en unas condiciones bajo las cuales ninguna aseguradora la expediría, lo cual queda en evidencia en la consideración segunda del otrosí, la cual reza: “Que COLJUEGOS para desarrollar la función de control al cumplimiento de las condiciones contractuales y los reglamentos de juego **reconoce la necesidad de ampliar sus obligaciones para hacer posible la cuantificación del riesgo por parte de la aseguradora**, y así cumplir con la aplicación de políticas y el desarrollo de metodologías para evitar el incumplimiento del contrato de concesión suscrito con el CONCESIONARIO.”*

12. *Los contratos de concesión celebrados por COLJUEGOS hasta antes del mes de enero de 2013 contemplaban en su cláusula sexta el mismo texto que fue objeto de inclusión mediante el otrosí No. 01 de 2013.*

13. *La minuta y el clausulado del contrato de concesión para la operación de juegos de suerte y azar en la modalidad de juegos localizados es definida unilateralmente por la autoridad administradora del monopolio de arbitrio rentístico de juegos de suerte y azar; sin que al concesionario le esté dado discutir las cláusulas sobre el objeto del contrato, las condiciones de ejecución o las garantías que deben constituirse. A tal punto es así, que la Ley 643 de 2001 establecía en su artículo 33 que la minuta del contrato debía ser definida por el Gobierno nacional, y que ahora corresponde definir a la Vicepresidencia de Gestión Contractual en coordinación con la Oficina Asesora Jurídica y la Vicepresidencia de Desarrollo de Mercados de COLJUEGOS, según el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 4142 de 2011.*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

14. *El otrosí No. 01 se traduce en la práctica, en una modificación de la cláusula séptima del contrato frente al amparo del riesgo de incumplimiento en lo concerniente a la obligación de garantizar el pago de los derechos de explotación y los gastos de administración, puesto que esta obligación de garantía ya no se asume por la aseguradora de manera abierta por todo el plazo del contrato, sino que se limita a dos mensualidades en mora o a los 90 días para subsanar el incumplimiento; lo cual en términos concretos disminuye el riesgo asegurado e incide en el valor de la prima.*

15. *El contrato de concesión celebrado con mi mandante no fue el único que se vio entorpecido por las exigencias de la póliza; pues COLJUEGOS se vio abocado a modificar varios contratos -entre los cuales se mencionan los contratos C1050; C1048; C1047 y C1046- para subsanar el inconveniente generado por la misma entidad al suprimir las especificaciones del numeral 2 de la cláusula sexta en las minutas en los contratos de concesión.*

16. *El día 09 de abril fue expedida la póliza de cumplimiento según los ajustes del otrosí No. 01 de 2013, la cual fue radicada en COLJUEGOS el 15 de abril de 2013; la cual debió ser reajustada teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mediante certificado No. 1 del 26 de abril de 2013.*

17. *El día 18 de julio de 2013 COLJUEGOS expidió la Resolución No. 963 de 2013 “por la cual se aclara la sanción impuesta mediante la Resolución No. 149 de 2013”, aclarando que el valor de la multa diaria a aplicar no era de quinientos*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

quince mil ciento treinta pesos, sino de ochocientos cincuenta y ocho mil quinientos cincuenta pesos (\$858.550), limitando dicha multa a sesenta y un millones ochocientos quince mil seiscientos treinta y seis pesos (\$61.815.636^{oo}), dígase, el 10% del valor total del contrato.

18. *La Resolución 963 de 2013 fue notificada el día 19 de julio de 2013.*

19. *El día 01 de agosto de 2013 se interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 963 de 2013, mediante escrito radicado bajo el número 20132160246452, alegando la improcedencia de la sanción y la extralimitación de la facultad de imposición de multas atendiendo su finalidad conminatoria.*

20. *Mediante Resolución No. 1206 del 20 de agosto de 2013 COLJUEGOS decidió el recurso de reposición interpuesto confirmando la aclaración de la multa impuesta sin entrar a considerar los argumentos de fondo expuestos.*

21. *El día 03 de octubre de 2013 la sociedad International Games Sistem Solutions S.A.S. presentó por intermedio de apoderado, solicitud de revocatoria directa contra la Resolución 149 del 18 de febrero de 2013, argumentando su manifiesta oposición a la Constitución y a la Ley, así como causar un agravio injustificado a la solicitante.*

22. *La solicitud de revocatoria directa fue decidida por COLJUEGOS por fuera del término de los dos meses previstos en el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, mediante Resolución 348 del 25 de febrero de 2014 en la cual se dispuso no acceder*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

a la solicitud por considerar que los argumentos expuestos en la revocatoria pedida debieron exponerse en el trámite del procedimiento de imposición de multas.

23. *Según consta en el certificado de existencia y representación legal adjunto, COLJUEGOS dio inicio al procedimiento de cobro coactivo de la multa impuesta, en el curso del cual dispuso el embargo del establecimiento de comercio Super Panacea de propiedad de International Games Sistem Solutions S.A.S., mediante auto No. 1733 del 24 de septiembre de 2013.*
24. *En razón de la imposición de la multa y por encontrarse pendiente su pago, mi mandante intentó adelantar trámites de ampliación de locales, de elementos de juego, traslado de máquinas, lo cual fue negado en razón de la restricción prevista en el artículo 21 de la Resolución 724 de 2013 expedida por COLJUEGOS; situación que ha determinado la pérdida de la opción de ganancias para el concesionario, e incluso ha dado lugar a la asunción de pérdidas.*
25. *Las acciones y omisiones de COLJUEGOS reseñados en esta solicitud, han causado perjuicios a la Sociedad International Games Sistem Solutions S.A.S. que no está obligada a soportar, representados en el lucro cesante determinado por todo el tiempo que dejó de operar desde que se firmó el contrato hasta que finalmente se pudo iniciar la ejecución del contrato por la aprobación de la póliza, demora que estuvo determinada por las condiciones exigidas para la expedición de la póliza, las cuales después varió; el daño emergente que representa la multa impuesta y los intereses que ello genere; los gastos de*

honorarios profesionales para asumir la defensa en una actuación administrativa injusta; la afectación a la reputación de la empresa, la cual hoy en día figura no sólo como deudora del Estado, sino que además lleva el peso de un embargo inscrito en el registro mercantil, sin dejar de mencionar el tiempo, el esfuerzo y la preocupación del representante legal por enfrentar una sanción impuesta por causas imputables a COLJUEGOS que deriva beneficios de su propia culpa en perjuicio del contratista.

26. *En el contrato de concesión C-989 de 2013 las partes pactaron la cláusula compromisoria en la cláusula decimotercera, conforme a la cual “Las partes convienen someter las diferencias que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres árbitros; el arbitramento será en derecho. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia”.*

27. *El representante legal de la Sociedad convocante me ha conferido poder para adelantar el trámite arbitral”.*

1.6.3. La oposición a la demanda

La Parte Convocada, en el acápite IV de la contestación de la demanda, denominado razones de hecho y de derecho de la defensa, manifestó que se opuso a las pretensiones de la demanda, incluyendo, entre otros argumentos, los siguientes:

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

“Bajo el anterior contexto normativo, es preciso señalar que el argumento expuesto por el apoderado de la Sociedad no tiene fundamento, en consideración de que, en el contrato C-989, quedó de manera explícita la obligación para el contratista de constituir la póliza dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato, teniendo oportunidad para presentarla en la entidad a más tardar el 15 de enero de 2013. Así mismo, en dicho instrumento se dejó explícito las consecuencias que se podrían generar para el operador en caso de incumplimiento por este requisito contractual.

Adicionalmente, el párrafo de la cláusula séptima, indica de manera clara bajo qué condiciones y en qué porcentaje, se debe constituir la garantía única que respalda los contratos de concesión de COLJUEGOS, con lo cual permite a la compañía de seguros conocer sobre los riesgos que debe amparar en dichas pólizas.

Por tal razón, no es aceptable la justificación dada por el apoderado de INTERNACIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., en el sentido de que, por el cambio de la cláusula sexta del contrato, se generó un vacío en cuanto a determinar concretamente el alcance de la responsabilidad que quedaba a cargo de la compañía de seguros, y que a su vez, fue el motivo para que La Previsora se negara a la expedición de las pólizas de cumplimiento, concluyendo que por tal razón, la Sociedad no pudo aportar la garantía dentro del término indicado contractualmente, puesto que la modificación introducida al contrato C-989 y plasmada en el otrosí 1, se relaciona directamente con las obligaciones a cargo de COLJUEGOS, y por consiguiente, la cláusula séptima antes transcrita, relacionada directamente con la obligación del contratista de constituir la garantía se mantuvo incólume y actualmente se encuentra vigente.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

La apreciación del convocante resulta menos considerable, si se tiene en cuenta que por el mismo periodo que la empresa INTERNACIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., firmó contrato de concesión con COLJUEGOS, esto es, Enero de 2013, otros operadores suscribieron también contratos de concesión, quienes cumplieron con la obligación de allegar la póliza dentro del término señalado para la ejecución de los mismos, siendo expedidas por La Previsora de Seguros y Seguros Cándor.

A su vez, es de aclarar que la inclusión del numeral segundo en la cláusula sexta del contrato C-989, mediante el otrosí No.1, es un contenido totalmente diverso frente a la obligación del concesionario de constituir la garantía única dentro del término establecido en la cláusula séptima del contrato, puesto que, si bien se introdujo dicho numeral, éste trata sobre las acciones que debe emprender COLJUEGOS en ejercicio de la función de vigilancia en la ejecución del contrato, cuando el operador incumpla las obligaciones por concepto de pago de derechos de explotación y gastos de administración, con el objeto de que dicho procedimiento se termine a más tardar el día 90 de ocurrida la mora, más no es el término que se ha señalado contractualmente para que el operador pueda aportar la póliza, para así subsanar su incumplimiento.

Teniendo en cuenta la anterior aclaración, no resulta válida la justificación dada por INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., en el sentido de indicar que cumplió con la totalidad de los requisitos establecidos en el contrato C-989 de 2013, entre ellos, con la suscripción de la póliza, puesto que, ha de observarse que después de haber transcurrido más de tres (3) meses a la firma del contrato, fue cuando aportó la garantía única a la entidad para su aprobación, esto es, el 15 de abril de 2013, incumpliendo

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

claramente con lo pactado en el referido contrato, tal como se indica en el informe de supervisión de fecha 21 de enero de 2013.

Ahora bien, frente a la vulneración del debido proceso que alega la Sociedad por la imposición de la multa mediante la Resolución 149 de 2013, es menester señalar que COLJUEGOS para adelantar los procedimientos administrativos tendientes a la imposición de multas y sanciones, observa rigurosamente lo establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, citando mediante comunicación escrita al operador que incurre en incumplimiento contractual para llevar a cabo el desarrollo de la audiencia de que trata dicha disposición, con la debida información por el posible incumplimiento, soportado en el informe de supervisión y a su vez, indicando las consecuencias que podrían derivarse de dicho incumplimiento, tal como se establece la citada norma.

Bajo lo reglado por dicha norma, la entidad procedió a enviar comunicaciones a la Sociedad INTERNACIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., con el objeto de dar aviso sobre el inicio del procedimiento de imposición de multas, por el incumplimiento en la constitución de la póliza, para lo cual, citó a audiencias al operador, a través de las siguientes comunicaciones:

*Comunicación de fecha 29 de enero de 2013 con rad. 20135100023421, **enviada al operador**, citándolo a la audiencia fijada para el 07 de febrero de 2013 por incumplimiento en la constitución de las pólizas de garantías. (Constancia de entrega el 02 de febrero de 2013 con guía No. RN11111111Z4P00A337 por 472).*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Comunicación de fecha 08 de febrero de 2013 con rad. 20135100034511, enviada al operador, citándolo nuevamente a audiencia fijada para el 18 de febrero de 2013 por incumplimiento en la constitución de pólizas de garantías, toda vez que no asistió a la pasada audiencia. (Constancia de entrega el 14 de febrero de 2013 con guía No. RN11111111Z4C00AOR7 por 472).

Vale recalcar que jurídicamente no es viable indilgar responsabilidad a la administración por los actos de descuido o desatención de terceros, al no concurrir a las citaciones efectuadas por la entidad, las cuales se hacen con el ánimo de garantizar el principio constitucional del debido proceso; así como para que presenten los descargos; aporten pruebas a que haya lugar, que permitan controvertir las presentadas por la entidad.

De este modo, el Consejo de Estado ha señalado que el legislador estableció un procedimiento administrativo de carácter especial para la imposición de multas en materia contractual, reglado a través del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual goza de una amplia garantía al debido proceso en las actuaciones administrativas, así:

“...el legislador en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, estableció un procedimiento administrativo de carácter especial tendiente a la imposición de multas y demás sanciones pertinentes dentro de la actividad contractual, previa la declaratoria de incumplimiento, procedimiento éste con el cual se establecieron las bases legales para garantizar la aplicación efectiva del debido proceso constitucional en asuntos contractuales, llenándose de esta manera el vacío existente en el ordenamiento jurídico colombiano de un procedimiento especial de esta naturaleza.”

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Es así que, en el desarrollo de las actuaciones realizadas bajo el marco del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se observa que en el presente caso la Sociedad INTERNACIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., a pesar de manifestar que realizó las diligencias pertinentes ante las compañías de seguros para solicitar la constitución de la póliza, pero que, por razones ajenas a su voluntad no pudo aportarla en tiempo, en consonancia con lo ya antes expuesto, es menester recalcar que, aun habiendo sido citada a las audiencias programadas por COLJUEGOS, con el objeto de debatir y escuchar a la sociedad por el presunto incumplimiento, ésta no se hizo presente a ninguna de las audiencias, en donde se le daba la oportunidad de hacer uso del derecho de defensa y contradicción, con el fin de exponer las razones por las cuales se presentó el incumplimiento contractual.

En ese sentido, resulta lógico dilucidar que ante las ausencias injustificadas por el operador a las audiencias, la administración percibe una falta de interés para superar los incumplimientos contractuales y por lo tanto, haciendo uso de sus facultades legales, procedió a apremiar a INTERNACIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., con el fin de buscar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En este contexto, es menester señalar que la administración ha procedido a actuar conforme los postulados constitucionales y legales, bajo el ejercicio de las labores de fiscalización y vigilancia para el buen funcionamiento y ejecución de los contratos dados en concesión, respetando los postulados en materia de garantía del derecho de defensa, debido proceso y demás garantías fundamentales de la Sociedad INTERNACIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., al

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

efectuar el procedimiento que se realizó para la imposición de la multa mediante resolución 149 de 2013, toda vez que se le brindó la oportunidad a la Sociedad de hacerse presente en las audiencias, con el fin de que utilizara los medios jurídicos para la defensa de sus intereses, entre ellos, presentar descargos, interponer los recursos de ley, presentar pruebas, etc., por el contrario guardó silencio, al NO hacer uso de los mecanismos mencionados.

La Resolución 149 del 18 de febrero de 2013 consideró entre otros aspectos:

“ (...) Que ante el incumplimiento del contrato y la inasistencia del concesionario es necesario imponer las multas establecidas en el mismo. Hasta el día de hoy se verifica que el contratista no ha aportado la garantía única exigida en el contrato de concesión...

(...)

Que en el marco de la audiencia se dio la oportunidad al concesionario de intervenir en su defensa y de presentar el correspondiente recurso de reposición contra la decisión de COLJUEGOS, sin embargo, el contratista no hizo uso de dicho derecho..”

No obstante lo anterior, revisado el expediente administrativo, se encuentra que una vez terminado el procedimiento para la imposición de multas, el Representante Legal de la sociedad INTERNACIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., mediante comunicación radicada en esta entidad de fecha 21 de febrero de 2013, compareció de manera extemporánea ante la oportunidad que señala el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para informar las razones de su incumplimiento en la constitución de la garantía única, aduciendo que La Previsora Seguros no se encontraba expidiendo pólizas para los contratos de concesión de COLJUEGOS, sin que dicha información

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

fuera allegada dentro de la oportunidad procesal, es decir, cuando la entidad se encontraba realizando el procedimiento para determinar si había o no lugar a imponer la multa contractual.

El 18 de julio de 2013, la Vicepresidente de Gestión Contractual expide Resolución 963 “por la cual se aclara la liquidación de la sanción impuesta mediante la Resolución 149 del 18 de febrero de 2013, por considerar que:

“(...) se considera que existió un error de transcripción de los datos del contrato en la aplicación de la fórmula para establecer el monto de la sanción, pues se estableció que la duración del contrato correspondía a cinco (5) años, siendo lo correcto tres (3) años; razón por la cual se debe aclarar que el monto de la sanción diaria corresponde a:

(...)

Que esta corrección se realiza por la facultad establecida en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 que prevé:

“Artículo 45. Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.”

El error a que se hace referencia es un error formal de tipo aritmético, toda vez que se refiere a la operación matemática utilizada para el

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

cálculo de la multa, en este sentido, no se afecta la decisión de fondo proferida en la Resolución 149 de 2013, a través de la cual se imponían multas por el incumplimiento del contrato de concesión...”

Se observa que la convocante interpone recurso de reposición contra la Resolución 963 del 18 de julio, sin embargo, los argumentos expuestos en dicho recurso pretenden atacar es la legalidad de la Resolución 149 de 2013, razón por la cual, mediante la Resolución 1206 del 20 de agosto de 2013 se señala que:

“(...) Que este Despacho considera improcedente entrar a estudiar los aspectos meramente sustanciales atacados en el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de la sociedad INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., toda vez que la corrección, como bien lo indica el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, en ningún caso dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión...”

(...)

En conclusión, no puede esta Vicepresidencia considerar los argumentos presentados por el operador mediante los cuales pretende atacar la motivación de la imposición de la sanción, como quiera que nos encontramos frente a una acto administrativo meramente aclaratorio y no sancionatorio, por tanto se considera que la oportunidad procesal para intentar desvirtuar la imposición de la sanción se encuentra a todas luces vencida...”

De conformidad con lo antes expuesto, se concluye que una vez revisadas las actuaciones administrativas iniciadas en el expediente INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., las cuales concluyeron con una decisión de fondo por parte de la administración, como es la proferida mediante la Resolución 149 de 2013, y su

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

aclaratoria, la Resolución No. 963 confirmada por la Resolución 1206, todas del 2013, se encuentra que el actuar de la administración ha sido conforme a los presupuestos legales y constitucionales y por consiguiente no hay lugar a conciliar”.

Debe indicarse que en relación con el acápite de excepciones, la Parte Convocada sólo formuló la de falta de jurisdicción y competencia, la cual fue decidida en la primera audiencia de trámite, que es la oportunidad correspondiente dentro del proceso arbitral, para el correspondiente análisis y decisión.

1.6.4. Respuesta a los hechos de la demanda:

Coljuegos dio respuesta a la hechos de la demanda, en los siguientes términos:

AL HECHO 1: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO.

Teniendo en cuenta que la parte actora hace referencia a situaciones acaecidas hace más de quince años y que pueden ser conocidas únicamente por el demandante, adicionalmente es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 2: PARCIALMENTE CIERTO: *Refiriéndome en estricto sentido a la visita realizada por parte de funcionarios de la hoy extinta Empresa Territorial para la Salud – ETESA, conforme a la documentación aportada.*

AL HECHO 3: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. *Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi*

representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 4: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO.

Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 5: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO.

Por cuanto la afirmación del apoderado de la parte demandante en muy subjetiva respecto de si se tuvo o no conocimiento de las citaciones hechas por parte de la hoy extinta Empresa Territorial para la salud - ETESA.

AL HECHO 6: PARCIALMENTE CIERTO: *Es cierto, en cuanto al objetivo primordial de las notificaciones que se hacen previo a imponer cualquier sanción por parte de la administración y que con ello se ejerza el Derecho de Defensa y contradicción, adicionalmente es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.*

AL HECHO 7: NO SE ADMITE. *No es un hecho, es una apreciación subjetiva de la parte demandante.*

AL HECHO 8: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO.

Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 9: PARCIALMENTE CIERTO: *Es cierto, únicamente en relación con la expedición por parte de la hoy liquidada Empresa Territorial para la Salud – ETESA de la Resolución 0801 del 3 de mayo de 2006, mediante la cual se declara responsable al demandante de la operación de Juegos de suerte y Azar sin la debida autorización, por parte de la entidad competente, y se ordena el pago de \$ 30.379.328.*

AL HECHO 10: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO. *Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.*

AL HECHO 11: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO. *Por cuanto es la manifestación del demandante de un momento preciso y que tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.*

AL HECHO 12: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO. *Por cuanto el apoderado judicial del demandante no es claro en cuanto a la descripción del hecho al que pretende referirse (i) hace relación a una situación subjetiva personal y familiar, (ii) Se refiere a un Derecho de Petición que presuntamente se radica ante ETESA, y (iii) se refiere a una denuncia penal que por los documentos aportados se colige corresponde a la presentada el día 27 de marzo de 2008, por parte del demandante. En estricto sentido y tal como se puede observar son hechos que no tienen relación alguna con mi*

representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 13: NO ME CONSTA: ME ATENGO A LO QUE LEGALMENTE SE LLEGUE A PROBAR DENTRO DEL PROCESO.

Tal y como se puede observar no se hace referencia de un hecho en particular si no de situaciones y apreciaciones subjetivas que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 14: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 15: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 16: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 17: PARCIALMENTE CIERTO: Es cierto, conforme a la copia de los documentos aportados con la presentación de la demanda, que demostrarían la presentación de la referida denuncia.

AL HECHO 18: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.

AL HECHO 19: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. *Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.*

AL HECHO 20: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. *Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.*

AL HECHO 21: NO ME CONSTA: DEBE PROBARSE. *Tal y como se puede observar es un hecho que no tiene relación alguna con mi representada y en virtud de ello carece de legitimación en la causa para pronunciarse al respecto.*

AL HECHO 22: ES CIERTO: *En cuanto a la presentación ante COLJUEGOS de la solicitud de Revocatoria Directa, respecto de la Resolución 0801 del 3 de mayo de 2006.*

AL HECHO 23: ES CIERTO.

AL HECHO 24: NO SE ADMITE. *No es un hecho, es una apreciación subjetiva de la parte demandante”.*

Se debe advertir por el Tribunal, que la Parte Convocada no dio respuesta a todos los hechos de la demanda, y en algunos casos hizo referencia a hechos que no correspondían a la demanda del presente proceso arbitral.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

1.6.5. Pruebas decretadas y practicadas:

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones, las partes aportaron varios documentos. Otros fueron acompañados a la contestación de la demanda y fueron incorporados de oficio por el Tribunal.

Igualmente, el Tribunal decretó la presentación de informes a cargo del representante legal de la entidad convocada y a solicitud de la parte convocante.

Por petición de la parte convocante se elaboró un dictamen pericial realizado por el perito Wilson Lenis Molina.

El Tribunal decretó como prueba de oficio los informes del representante legal de la parte convocada, de la Sociedad La Previsora S.A y de la sociedad Tecnaseg Ltda. Agencia Colocadora de Seguros.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos establecidos en la ley.

Posterior, a la audiencia de alegatos, de conformidad con las consideraciones indicadas en la providencia correspondiente, el Tribunal mediante Auto No. 16 de 2 de febrero de 2017, decretó de oficio prueba de informe a Coljuegos y ordenó que Coljuegos allegará al presente proceso, todos los documentos que soporten el envío y recepción de las comunicaciones de fecha 29 de enero de 2013 y 8 de

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

febrero de 2013. De estas pruebas, igualmente las partes tuvieron la oportunidad de controvertirlas en los términos establecidos en la ley.

II. CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los siguientes aspectos de la controversia: 1. Los presupuestos procesales, 2. La síntesis de la controversia, y 3. La evaluación de la relación contractual y las pretensiones de la demanda.

1. Los presupuestos procesales

Previo al análisis de la controversia, el Tribunal pone de presente que el presente proceso, reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y para la adopción del fallo. En efecto:

- a. De conformidad con el certificado de existencia y representación legal y demás documentos de representación acompañados al presente proceso, las Parte son personas jurídicas legalmente formadas y representadas.
- b. El Tribunal constató que: i. Había sido integrado e instalado en debida forma; ii. Las partes eran plenamente capaces; iii. Se consignaron oportunamente las sumas por concepto de gastos del Centro de Arbitraje y honorarios del Árbitro único y del secretario.
- c. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales pertinentes y con pleno respeto de los derechos de defensa de las Partes.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

e. No obra causal de nulidad que afecte la actuación.

f. Se notificó y adelantaron las actuaciones de conformidad con la ley, respecto del Ministerio Público como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

g. El Tribunal es competente para conocer y decidir sobre el tema materia de debate. No obstante que al momento de asumir competencia, este Tribunal se refirió a la potestad que le asistía para decidir el fondo de la controversia jurídica planteada, no sobra reiterar de manera general, los argumentos en los cuales se sustenta esta afirmación, por cuanto, como quedó indicado, fue una de las excepciones propuestas por la Parte Convocada. Sea lo primero advertir que, las multas no se constituyen en una de las denominadas cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no solamente porque no aparece listada en el mencionado artículo, lista que por cierto tiene el carácter de taxativo, sino porque, y esto es quizás a juicio de este Tribunal lo más importante y relevante para excluir esta facultad sancionatoria de las cláusulas excepcionales, no es una figura ajena o desconocida al derecho común, por el contrario, es allí de donde la contratación estatal la extrajo para aplicarla en las relaciones jurídicas que trabara con los particulares. En efecto, el artículo 1592 y siguientes del Código Civil, aplicables a la contratación estatal por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, dispone, diáfano, que en las relaciones entre los particulares es viable, jurídicamente hablando, pactar una pena como consecuencias del cumplimiento tardío de la obligación¹.

¹ El artículo 1594 del Código Civil dispone: *“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Así pues, no se puede hablar de algo excepcional, esto es, exclusivo de las relaciones negociales entabladas entre una entidad estatal y un particular, cuando lo cierto y concreto es que las multas también son propias del ámbito de aplicación de los contratos suscritos entre los particulares. Ahora bien, el hecho de que estas se materialicen a través de actos administrativos no las convierte o les da el carácter de excepcional, por cuanto éstos son simplemente el medio que emplea la entidad, en ejercicio de su función administrativa, para expresar y dar a conocer su voluntad, en otras palabras, lo que define la calidad y característica propia del contenido no es la forma (acto administrativo) sino el fondo, y por ende, no hay cabida, en este caso particular y concreto, para sostener que las multas tienen la condición de excepcionalidad y por esto alejadas del control de la justicia arbitral.

Para concluir este apartado y dar paso a resolver el tema de fondo que nos convoca, baste citar una de las tantas sentencias del Consejo de Estado, que con apoyo en el juicio de constitucionalidad realizado al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, manifestó, inequívocamente, que las multas no hacen parte del universo de las cláusulas excepcionales y que por ende no están excluidas de la órbita de la justicia arbitral.²

“Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 20095, la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte

constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

(Negrilla fuera de texto)

² Expediente 31682. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000:

'... la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión ...'.

“Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘... la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública ...’⁶, lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas

exclusivamente por el artículo 14 (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral (...). ”

En conclusión, y tal como se afirmó en el Auto No. 9 de 11 de mayo de 2016, a través del cual se asumió competencia, este Tribunal, con base en la cláusula compromisoria pactada entre las Partes, goza de la facultad para dirimir el fondo de la controversia planteada porque (i) la multas en sí mismas consideradas no son ajenas al derecho común y (ii) no hace parte del listado taxativo contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2. Síntesis de la Controversia

La litis se reduce a determinar si le asistió o no razón a Coljuegos, desde el punto de vista tanto material como formal, para imponer la multa a la convocante en el marco de la ejecución del contrato de concesión C-989 de 2013, ya que, a juicio de la Convocante, (i) la entidad estatal pretermitió el debido proceso al no haberle notificado en debida forma la realización de la audiencia que desembocó en la expedición de la Resolución 149 de 2013, (ii) la imposición de la sanción se debió a que las condiciones existentes para el momento de la celebración del negocio jurídico con miras a la obtención de la póliza que amparara las obligaciones contraídas era de imposible consecución, (iii) los actos administrativos no se encontraban debidamente motivados y no cumplieron todos los requisitos constitucionales y legales para la imposición de multas.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Por su parte, la Convocada negó haber conculcado el derecho tanto constitucional como legal del debido proceso y advirtió que la no obtención en tiempo de la garantía fue un hecho atribuible de forma exclusiva a la firma concesionaria, con independencia a la redacción del acuerdo de voluntades, y por ende esta debía asumir las consecuencias de su actuar.

En el presente proceso fueron demandadas la Resolución 149 de 2013 como la Resolución No. 963 de 18 de julio de 2013 y la Resolución No. 1206 del 20 de agosto de 2013, respecto de las cuales se pretende su nulidad. La Resolución 149 del 18 de febrero de 2013, fue aclarada mediante Resolución No. 963 de 18 de julio de 2013 – notificada el 19 de julio de 2013- en los términos del artículo 45 de la Ley 1437, toda vez que en la liquidación de la multa indicada en la Resolución 149 de 2013, se tomó una duración del contrato de cinco (5) años, y no de tres (3), como era la establecida en el Contrato. Frente a la Resolución No. 963 de 18 de julio de 2013 – notificada el 19 de julio de 2013- , se interpuso recurso de reposición por la Parte Convocante, que fue resuelto mediante Resolución No. 1206 del 20 de agosto de 2013, notificada el 22 de agosto de 2013, mediante la cual se confirmó la Resolución 963 de 18 de julio de 2013.

Para resolver esta controversia, el Tribunal deberá abordar una cuestión previa, como es la nulidad del contrato de concesión y acto seguido decidirá acerca de si le asistía o no razón a Coljuegos para haberle impuesto la multa a International Games Sistem Solutions SAS.

3. La Evaluación de la Relación Contractual y las Pretensiones de la Demanda.

1. La Facultad del Juez del Contrato para Declarar de Oficio la Nulidad de un Contrato.

De acuerdo con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993: *“La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.”* (Negrilla fuera de texto); así mismo, el inciso final del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que: *“El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”* (Negrilla fuera de texto); y por último el artículo 1742 del Código Civil indica que: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”* (Negrilla fuera de texto).

En relación con la facultad-deber que le asiste al juez del contrato para decretar de oficio la nulidad de una cláusula o de la totalidad de un acuerdo de voluntades, esto ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado:³

“... las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que

³ Expediente 29201. M.P. Olga Mérida del Valle de De La Hoz

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y la normas imperativas. Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único”.

En otra sentencia, pero dentro de la misma línea de la anterior, el Consejo de Estado dijo:⁴

“A propósito de la potestad, y a su turno deber, del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sección Tercera también ha considerado que puede y debe ejercerla al dictar el fallo “en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso”.

En este mismo sentido la Sección Tercera puntualizó:

⁴ Expediente 30691 M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz

*“La Sala no puede pasar desapercibidos los vicios que afectan la validez del contrato sin formalidades plenas que surgió como consecuencia de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997. **A pesar de que la legalidad de la citada orden de prestación de servicios no fue cuestionada en el presente proceso,** el artículo 1742 del C.C. contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos cuando éstas aparezcan de manifiesto en el mismo, **con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas.** Esa misma noción fue acogida por el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando adolezcan de vicios de tal raigambre. Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad. La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por la vía de*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos (...) (Negrilla fuera de texto).

Acerca de las nulidades en la contratación estatal, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 prescribe el listado taxativo de las mismas así:

“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.” (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, para que esta facultad-poder del juez del contrato se pueda materializar, es necesario que concurren tres requisitos a saber: (i) que la nulidad esté debidamente probada dentro del

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

expediente, (ii) que la nulidad sea de aquellas que normativamente son consideradas como absolutas y (iii) que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

A continuación le corresponde al Tribunal analizar si para este caso, concurren los mencionados requisitos y si se materializa alguna de las causales enlistadas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Veamos:

1.1. Nulidad del Contrato por Haberse Suscrito con Persona Incursa en Causal de Inhabilidad

En el presente caso, y tal como se puede observar a folios 1283 a 1297 incluidos en el CD del expediente del contrato de concesión C-989 de 2013, que obra en el proceso, Coljuegos, a través de acto administrativo debidamente ejecutoriado, declaró la terminación unilateral del mencionado contrato por cuanto el mismo estaba viciado de nulidad absoluta por haberse celebrado con persona incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, es decir, se materializó la primera de las hipótesis mencionadas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 arriba transcrito.

El fundamento para la toma de la anterior determinación por parte de Coljuegos, se basó en la disposición contenida en el artículo 44 de la Ley 643 de 2001 que a continuación se cita, por cuanto la entidad estatal constató, muy tardíamente, que su concesionario, es decir, International Games Sistem Solutions SAS., había sido objeto de la sanción descrita en la letra a) del mencionado artículo 44 en el año 2010,⁵ por parte de Etesa⁶, y por tanto, para el

⁵ Mediante Resolución No. 1.644 de 29 de septiembre de 2009, la Empresa Territorial para la Salud

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

instante en que se celebró el contrato C-989 de 2013, pesaba sobre él una inhabilidad que se extendía hasta el 2015.

“Sanciones por evasión de los derechos de explotación. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar y de las sanciones administrativas que impongan otras autoridades competentes, y la responsabilidad fiscal, las entidades públicas administradoras del monopolio podrán imponer las siguientes sanciones:

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

b) Cuando las entidades públicas administradoras del monopolio, detecten que los concesionarios o personas autorizadas omiten o

– ETESA decidió declarar responsable a Parte Convocante por haber operado juegos de suerte y azar sin la debida autorización, resolución que fue confirmada mediante Resolución 0595 de junio de 2010, ejecutoriada el 8 de julio de 2010.

⁶ Entidad estatal existente antes de la creación de Coljuegos encargada de la explotación y administración de los juegos de suerte y azar.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

incluyen información en su liquidación privada de los derechos de explotación de las cuales se origine el pago de un menor valor por concepto de los mismos, proferirá liquidación de revisión y en la misma impondrá sanción por inexactitud equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) de la diferencia entre el saldo a pagar determinado por la administración y el declarado por el concesionario o autorizado;

c) Cuando las entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar, detecten errores aritméticos en las declaraciones de derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados, y cuando tales errores hayan originado un menor valor a pagar por dichos derechos, los corregirán, mediante liquidación de corrección. En este caso, se aplicará sanción equivalente al treinta por ciento (30%) del mayor valor a pagar determinado.

El término para proferir las liquidaciones de revisión y de corrección aritmética y las sanciones correspondientes será, de tres (3) años contados a partir del momento de presentación de las declaraciones.

La administración podrá proferir liquidaciones de aforo e imponer la correspondiente sanción por las actividades de los últimos cinco (5) años.

Las sanciones a que se refiere el presente artículo se impondrán sin perjuicio del cobro de las multas o la indemnización contemplada en la cláusula penal pecuniaria pactada en los contratos de concesión, cuando a ello hubiere lugar y sin perjuicio

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

del pago total de los derechos de explotación adeudados.”⁷(Negrilla fuera de texto).

De conformidad con esta decisión de la entidad estatal, la cual, se reitera, se encuentra en firme y goza de la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, se dio por terminado el contrato de concesión con base en una causal de nulidad, sin que ello implique, desde ningún punto de vista, que Coljuegos cuente con la facultad de decretar nulidades, puesto que esto último es del resorte exclusivo y excluyente del juez del contrato.

Sobre las diferencias entre las figuras de la terminación unilateral del contrato invocando una causal de nulidad y la nulidad del negocio jurídico en sí mismo considerado, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse así:⁸

“Sin embargo, la Sala debe precisar que una cosa es la facultad de terminar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo y otra cosa la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de este por parte del juez.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, apoyándose en la jurisprudencia de esta Corporación señaló:

“Así las cosas, la terminación unilateral del contrato, entendida como un mecanismo de autotutela de la administración, no tiene por objetivo deshacer todo lo realizado durante la ejecución de aquél por las partes, sino finalizarlo antes de lo previsto; por el contrario, la nulidad absoluta implica la constatación judicial de un

⁷ El artículo 44 de la Ley 630 fue modificado por el artículo 20 de la Ley 1393 de 2010

⁸ Op.Cit.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

vicio grave que afecta la validez del contrato por cuanto al momento de su celebración se desconocieron disposiciones de orden público. De allí que, por regla general, la declaratoria de nulidad busca devolver las cosas al estado "en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo" (art. 1746 del C.C.).

Una segunda diferencia entre la terminación unilateral del contrato y la declaratoria de nulidad, consiste en que mientras que ésta puede ser adoptada con posterioridad a la terminación del contrato, por cuanto pretende desaparecer todos los efectos jurídicos producidos, aquélla sólo es procedente en cuanto el contrato estatal se encuentre vigente.

Una tercera divergencia, atinente a la competencia, consiste en que mientras que la declaratoria de nulidad es del resorte exclusivo del juez del contrato, y por ende se plasma en una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, la terminación unilateral es una facultad que radica en cabeza del jefe o representante legal de la entidad respectiva y se consigna en un acto administrativo debidamente motivado, el cual, por supuesto, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Un último aspecto que marca una diferencia entre ambas figuras consiste en que la terminación unilateral produce efectos hacia el futuro o "ex nunc", en tanto que la declaratoria de nulidad apunta a regresar las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, es decir, efectos "ex tunc".

(...)

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

... la administración, en ejercicio de su potestad-deber, constata la existencia de una causal de nulidad absoluta, de aquellas consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que afecta un contrato que actualmente se está ejecutando, procediendo a darlo por terminado. En tal caso, nada impide que la propia administración, un agente del Ministerio Público, cualquier persona e incluso de oficio, soliciten la declaratoria judicial de la nulidad absoluta del contrato. De tal suerte que, en definitiva, el acto administrativo mediante el cual se da por terminado unilateralmente un contrato estatal no invade la órbita competencial del juez del contrato."

En otra sentencia de la misma Corporación, expresó lo siguiente⁹:

"La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.

Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección.

⁹ Expediente 14390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Es por ello que la declaratoria de nulidad absoluta se fundamenta en un examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato; su propósito principal es el de eliminar o expulsar, del mundo jurídico, el contrato estatal que hubiere surgido en contra del ordenamiento al cual debe ajustarse, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos, sin importar lo que en desarrollo del mismo se hubiere ejecutado y, por eso mismo, por regla general, busca devolver las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo (artículo 1746 C.C.).

Esas diferencias permiten advertir también que mientras la terminación unilateral del contrato estatal, incluso con fundamento en alguna de las causales de nulidad absoluta de los contratos contempladas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, únicamente resulta procedente o viable en cuanto el respectivo contrato se encuentre vigente, por la sencilla pero potísima razón de que no es posible dar por terminado un contrato que previamente ya ha finalizado; por el contrario, la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal perfectamente puede adoptarse –e incluso solicitarse-, con posterioridad a la terminación del mismo.

Además, la declaratoria de terminación unilateral del contrato estatal, por parte de la entidad contratante, en razón a la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que cualquiera de los titulares de la acción contractual pueda demandar, simultánea o sucesivamente, la declaratoria

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

judicial de nulidad absoluta de ese mismo contrato; por el contrario, de ninguna manera podría concebirse, siquiera, la posibilidad de que un contrato que hubiere sido declarado judicialmente nulo, con posterioridad a tal decisión judicial pudiere ser objeto de terminación unilateral por parte de la entidad estatal contratante.

Lo anterior permite poner de presente que si bien al declarar la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, el jefe o representante legal de la entidad contratante examina y verifica la existencia de los mismos elementos fácticos que dan lugar a la configuración de las causales de nulidad absoluta previstas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, lo cierto es que él no realiza un examen acerca de la validez del contrato ni su pronunciamiento tiene alcances o efectos sobre esos aspectos reservados al juez del contrato.

Mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato.

A la diferencia que acaba de anotarse le sigue, como consecuencia obvia, la distinción adicional de que mientras la terminación unilateral que adopta la entidad estatal es constitutiva de un acto administrativo y como tal pasible de la acción contractual; la declaratoria de nulidad absoluta corresponde a una decisión de naturaleza judicial, a la cual no le son aplicables los controles y revisiones que, por regla general, proceden frente a los actos administrativos y, además, estará acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada.

Como ha quedado ampliamente señalado, la terminación unilateral de que trata el artículo 45 de la Ley 80, únicamente podría abrirse camino en cuanto se hubiere configurado una cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del citado artículo 44 de la misma Ley 80, al paso que la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal, podría encontrar fundamento en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en el derecho común (artículo 1742 C.C.), o en cualquiera de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del aludido artículo 44 del estatuto de contratación estatal.

En firme la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato, adoptada por la entidad contratante, es claro que la misma únicamente produce efectos hacia el futuro, 'ex nunc', mientras que la declaratoria judicial de nulidad absoluta, como ya se indicó, tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir que está llamada a generar efectos 'ex tunc'” (Negrilla fuera de texto).

La claridad de los textos citados relevan a este Tribunal de cualquier comentario ulterior, salvo para reiterar que no son excluyentes la facultad de la administración de terminar el contrato con base en la causal listada en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, con la prerrogativa que el legislador le concedió al juez para declarar de oficio la nulidad del contrato estatal.

1.2. Nulidad del Contrato por Falta de Competencia en el Funcionario de Coljuegos que lo Firmó

**INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443**

Ahora bien, como si lo anterior no fuera argumento suficiente para decretar la nulidad del contrato de concesión C-989 de 2013, existe otro motivo que lleva al Tribunal a tomar dicha decisión, la cual se fundamenta en la falta de competencia del funcionario que por parte de Coljuegos firmó el mencionado acuerdo de voluntades.

En efecto, tal como se puede leer de forma clara y diáfana, la Resolución 331 del 27 de septiembre de 2012 otorgó a las Partes, en el considerando décimo séptimo y la cláusula tercera de la parte resolutive, quince (15) días para las suscripción del contrato de concesión, contados a partir de la notificación del mencionado acto administrativo, lo cual vino a acontecer el 2 de octubre de 2012, con lo cual, los quince (15) días expiraban el 24 del mismo mes y año, y dado que, el acuerdo de voluntades se firmó tan solo hasta el 8 de enero de 2013, es evidente que para ese momento era inexistente la competencia del funcionario de Coljuegos para comprometer a la empresa estatal.

Debe aclararse que, de conformidad con las páginas 32 y siguientes (correspondientes a los folios 226 y siguientes del expediente administrativo allegado por la Parte Convocada) del archivo No. 2 incorporado en el CD allegado por la Parte Convocada, la citación para notificación de la Resolución No. 331 de 27 de septiembre de 2012, se remitió en esta misma fecha, y la misma quedó ejecutoriada el 2 de octubre de 2012, de conformidad con la constancia del notificador y la renuncia de términos de la Parte Convocante. Asimismo, tanto la Parte Convocante como la Parte Convocada manifestaron en los documentos allegados al presente proceso, incluyendo pero sin

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

limitarse a la demanda, la contestación y los actos administrativos expedidos con ocasión del Contrato, que el Contrato se suscribió el 8 de enero de 2013. En la medida que, en el documento del Contrato aportado al presente proceso, aparecían dos fechas de firma, correspondientes al 8 de octubre de 2012 y el 8 de enero de 2013, y ante esta contradicción, el Tribunal Arbitral decretó de oficio un informe por la Parte Convocada, con ocasión del cual, Coljuegos remitió informe, indicando respecto de las dos fechas que aparecen en el documento del Contrato, que: *“En cuanto a la explicación del por qué en la última hoja del contrato No C.989, se encuentran dos fechas distintas, de acuerdo con la información que pudimos recaudar al parecer corresponde a un error involuntario del funcionario encargado de este trámite, aun cuando tanto la parte convocante como Coljuegos concuerdan claramente que la fecha de suscripción del contrato es el 8 de enero de 2013”*. (Folio 53. Cuaderno de Pruebas No. 2).

Debe señalarse que, para el caso de la concesión de juegos de suerte y azar, para que los particulares puedan operar los juegos de suerte y zar, requieren entre otros, de la autorización de Coljuegos – entiéndase esta entidad, de conformidad con las competencias asignadas a la misma- y la suscripción del correspondiente contrato de concesión.

De lo anterior, es evidente que, el contrato No. C-989 de 2013, fue suscrito por fuera del límite previsto por la Resolución 331 de 27 de septiembre de 2012, acto administrativo por medio del cual Coljuegos autorizó la suscripción del contrato de concesión, y se itera, era inexistente la competencia del funcionario de Coljuegos para comprometer a la empresa estatal.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

La falta de competencia es, a consideración del Consejo de Estado, una de las faltas más graves de las cuales puede adolecer la actividad de la administración, ya que, por disposición constitucional –artículo 6 de la Constitución Política- la incompetencia es la regla general y solo hay habilitación para actuar cuando existe norma expresa que así lo disponga. Sobre el tema de la competencia el alto Tribunal de la Justicia Contenciosa Administrativa ha expresado cuanto sigue:¹⁰

“En relación con la competencia es importante precisar que la administración pública, amparada en el privilegio de lo previo, no puede decidir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque desbordaría el principio que, de modo negativo, está consagrado en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual dispone que los actos administrativos serán nulos “cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes”.

En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios —al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares—, es de carácter excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, según los cuales no existe competencia sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.

Es al interior de la competencia establecida por la ley para la

¹⁰ Expediente 27505 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

expedición de los actos administrativos que opera el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley". (Negrilla fuera de texto).

Y en otra, dentro de la misma línea de la anterior, dijo:¹¹

"28. Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que en ocasiones anteriores la Sala ha indicado que el juzgador puede, de forma oficiosa, verificar el requisito de la competencia de la entidad estatal para expedir un acto administrativo, dado que se considera que esta es la forma más grave de ilegalidad de una decisión de la administración:

(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que "...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador". (Negrilla fuera de texto)

Visto lo anterior, esto es, que la suscripción del contrato de concesión C 989 de 2013 lo firmó un funcionario por parte de Coljuegos que carecía de la competencia temporal para hacerlo, no le cabe la menor duda que se ha configurado una causal de nulidad absoluta que debe ser declarada por este Tribunal

¹¹ Expediente 28239 M.P. Danilo Rojas Betancourth.

**INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443**

Finalmente, y dado que en este caso particular y concreto se cumplen las condiciones para decretar de oficio la nulidad del contrato de concesión 989 de 2013 celebrado entre Coljuegos e Internacional Games Sistem, estas son: (i) estar debidamente probada –obran en el expediente tanto el acto administrativo de autorización para la firma del acuerdo de voluntades, la resolución que lo dio por finalizado como el contrato de concesión suscrito-, (ii) ser de aquellas denominadas absolutas – la falta de competencia y la inhabilidad lo son- y (iii) estar vinculadas procesalmente las partes afectadas, este Tribunal, en la parte resolutive del laudo procederá a decretar de oficio la nulidad del negocio jurídico, múltiples veces mencionado, lo cual no impide, como ya se mencionó, que se analice si la Resolución 149 de 2013 y demás resoluciones atacadas se ajustaron o no al ordenamiento jurídico, tal como se pasará a estudiar.

1.3. Consecuencias de la Declaratoria de Nulidad del Contrato

No obstante que los efectos de la declaratoria de nulidad son hacia el pasado, como si el acto o contrato no hubiese existido, es claro y evidente que hay sucesos o situaciones jurídicas y materiales que no son susceptibles de deshacer, por cuanto las mismas se encuentra consolidadas o consumadas, razón por la cual para estas, no será posible aplicar las restituciones mutuas de que tratan los artículos 48 de la Ley 80 de 1993¹² y 1746 del Código Civil.¹³

En referencia a lo expresado en el párrafo anterior, el Consejo de

¹² “La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.”

¹³ “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...”

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Estado ha manifestado cuando sigue:¹⁴

“La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su celebración y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar físicamente imposible de cumplir, como cuando resulta imposible volver las cosas a su estado primigenio, que es lo que sucede en el sub lite.

En efecto, a pesar de que el contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997 adolece de nulidad absoluta, resulta imposible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración, pues ello implicaría deshacer lo ejecutado por la sociedad Procesadora de Carnes La Sabana Ltda., por ejemplo, implicaría retrotraer la explotación del inmueble y el uso de la planta de sacrificio, lo cual resulta materialmente irrealizable; por consiguiente, las restituciones mutuas no proceden en este caso.”

Así, las restituciones mutuas procederán cuando física y jurídicamente sean posibles a efectos de hacer que las cosas vuelvan a su estado original, como si nunca hubiesen existido.

Para el caso que es de interés de este Tribunal, el hecho de que se decrete la nulidad del contrato de concesión 989 de 2013, ello

¹⁴ Expediente 19705 M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO GAMBETISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

no conlleva, automáticamente, la nulidad de la Resolución 149 de 2013 y las demás resoluciones atacadas, por cuanto, como arriba se expresó, hay circunstancias jurídicas y fácticas que no son objeto de restitución o, como lo dijo la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, es imposible hacer que las *“cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su celebración”*, por cuanto ya han producido sus efectos.

En otras palabras, no porque el contrato de concesión, fundamento de la expedición de la Resolución 149 de 2013 y demás resoluciones atacadas, se anule, la multa debe también correr la misma suerte, a lo sumo se materializaría la figura del decaimiento del acto administrativo, pero no su nulidad, menos aún, si tenemos en cuenta que el acto administrativo goza de la presunción de legalidad, la cual únicamente puede ser desvirtuada ya sea a través de la suspensión provisional, o con una sentencia que ordene su exclusión del ordenamiento jurídico.

Sobre este tema y por la relevancia que el mismo tiene, el Tribunal se permitirá citar in extenso una importante sentencia del Consejo de Estado que abordó en profundidad un asunto similar al que aquí es objeto de debate:

“Ahora bien, toda vez que la Sala declarará la nulidad absoluta del contrato Contrato (sic) 013 de diciembre 28 de 1998, en principio, habría operado el decaimiento de los actos administrativos contentivos de la liquidación del contrato, cuya nulidad se solicitó en este proceso.

El decaimiento de un acto administrativo se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias sobre las cuales se

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

sustenta o se fundamenta su expedición desaparecen del ordenamiento jurídico, como consecuencia bien de la declaratoria de inexecutable o de la nulidad de la norma legal en la cual se sustenta el acto administrativo; este fenómeno también se presenta si los actos administrativos son anulados o suspendidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; una vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que se produce es impedir que hacia el futuro siga produciendo efectos.

El Legislador ha señalado aquellos eventos en los cuales los actos administrativos, a pesar de no haber sido declarados nulos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no son obligatorios (art. 66 C.C.A.), uno de los cuales es el decaimiento del acto administrativo que ocurre una vez que desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su expedición.

(...)

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que "... todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico".

Ahora bien, en relación con la competencia de la Corporación para declarar la nulidad de actos administrativos respecto de los cuales ha operado el decaimiento, por la desaparición de su fundamento jurídico, en ocasiones ha considerado que no es procedente entrar a dictar fallo de fondo, en tanto resultaría inócua pronunciarse

respecto de actos que no tienen vigencia; en la actualidad la Corporación sostiene que el decaimiento del acto administrativo no impide que se realice el juicio de legalidad del mismo por cuanto éste debe realizarse de acuerdo con las circunstancias que se encontraban vigentes al momento de la expedición del acto. Se cita in extesum (sic) la Sentencia (sic) de esta Sección de fecha julio de 2006 por cuanto recoge la posición de la jurisprudencia de la Corporación en relación con este asunto:

“(...) se ha construido el instituto del “decaimiento del acto administrativo” como una suerte de “extinción” del mismo. Dejando de lado la primera hipótesis consignada en el numeral 2º del artículo 66 citado, la jurisprudencia ha señalado que esta figura jurídica tiene lugar cuando quiera que se presentan circunstancias que comportan la desaparición de los fundamentos jurídicos del respectivo acto administrativo: i) por la derogatoria o modificación de la norma legal en la que se fundó el acto, ii) por la declaratoria de inexecutable de la norma que le sirve de fundamento; iii) por la declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se basa la decisión administrativa de contenido particular o individual.

“En consonancia con esta norma, el artículo 175 in fine del C.C.A. dispone que cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo “quedarán sin efecto en lo pertinente los decretos reglamentarios”.

“Buena parte de la jurisprudencia administrativa al abordar el estudio de los mandatos legales en cita, termina aludiendo a las diferencias que existen entre la declaratoria de inexecutable de

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

normas con fuerza de ley y la declaratoria de nulidad de actos administrativos, la cual usualmente se hace estribar en que la primera normalmente es pro futuro (ex nunc o 'desde ahora') en tanto que la segunda tiene tradicionalmente efectos retroactivos o ex tunc (Kelsen)

“Quizás por este efecto retroactivo que tradicionalmente se asigna a las providencias anulatorias de actos administrativos, en ocasiones la jurisprudencia ha entendido que cuando opera el denominado “decaimiento del acto administrativo” por desaparecer su fundamento jurídico, no es procedente entrar a dictar fallo de fondo o, lo que es igual, juzgar la legalidad de una norma de una norma (sic) que no tiene vigencia y, por el contrario, se impone la inhibición ante la declaratoria del acto que le dio origen, pues “sería inocuo hacer recaer otro pronunciamiento judicial que busca producir los mismos efectos; proteger el orden jurídico vulnerado, el cual a través de la sentencia en mención ha sido restablecido.” En otras palabras, conforme a este criterio jurisprudencial, la justicia administrativa sólo conoce de normas administrativas que estén vigentes, de modo que si ha sido derogado el precepto atacado -por ejemplo- no se está delante de un acto administrativo: “constituye historia administrativa que cumplió los cometidos invocados en su momento, pero que en la actualidad no constituye orden legal. No es legalidad vinculante”

“Sin embargo, esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto la

desaparición del fundamento jurídico del acto no afecta su validez. Ha dicho el Consejo de Estado:

“Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación, que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

“En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

***“No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.*”**

“(...)

“Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo supervive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido una de sus caracteres principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir.”

“Pero, lo anterior, como ya se adujo, no implica que, decretada la nulidad de su fundamento jurídico, tal fallo se extiende con efectos similares a dicha Resolución.” (subrayas de la Sala)

“En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “decaimiento” del acto administrativo no trae

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

aparejado el juicio de validez del mismo, como tampoco que las situaciones particulares y concretas surgidas al abrigo de una norma que tuvo fundamento en un acto general anulado padezcan una suerte de “decaimiento subsiguiente”. Ha dicho la Corporación sobre este particular:

“En varias oportunidades el Consejo de Estado ha dicho que se produce el decaimiento de un acto administrativo cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen, por alguna razón, del escenario jurídico.

“Para la Sala es claro que si la teoría se entendiera en el sentido de negar valor a un acto administrativo por el sólo hecho de haber desaparecido el o los fundamentos de hecho o de derecho en que se sustentaba, ella no hubiera sido admisible ni antes de la vigencia del Decreto 2304 de 1989 ni después de ella, por la sencilla razón de que el acto administrativo formalmente válido, es decir, el expedido por la administración mediante el procedimiento prescrito por la ley, goza como tantas veces ha dicho la Corporación, de una presunción de legalidad y veracidad que sólo puede destruir el juez de la causa, cuando encuentre que tiene algún vicio por razón del órgano que lo produjo, por la materia sobre la que verse o por el procedimiento que se siguió para producirlo, en lo que coincide con los tres requisitos esenciales que debe reunir una norma jurídica positiva para ser tal, a saber 1. La legitimidad del órgano, 2. La, competencia racione materiae; y 3. La legitimidad del procedimiento.

(...)

“Por manera que, no existe en principio una “nulidad ex

officio” como tampoco una “nulidad consecucional o por consecuencia”, toda vez que los efectos del fallo de nulidad del acto que sirve de fundamento no se extienden con efectos idénticos al segundo.

(...)

“Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (‘desde entonces’), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo.

“En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

En el presente caso, si bien habría operado el decaimiento del acto administrativo por medio del cual se liquidó el contrato demandado, ello no impide que se efectúe el correspondiente juicio de legalidad solicitado en la demanda, de acuerdo con las circunstancias imperantes al momento de la expedición de las Resoluciones 2050 y 2737 de 1998, por las cuales liquidó unilateralmente el contrato 013 de 1998.” (Negrilla fuera de texto. Subraya del texto).

Según la sentencia transcrita y como ya se anticipó, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato no impide, de ninguna manera, que el Juez analice y determine si las actuaciones que se materializaron antes de dicha declaratoria se ajustaron o no al ordenamiento jurídico.

2. Análisis del Caso Concreto

Procede ahora el Tribunal a estudiar y analizar si le asiste o no razón a la Convocante en sus pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que impuso la multa y demás resoluciones atacadas. Para ello, se abordarán los cargos que se le hacen, (i) violación del debido proceso y (ii) la falsa motivación y la imposibilidad de obtener la garantía única en las condiciones fijadas en el contrato de concesión.

2.1. Violación del Debido Proceso

Manifiesta la Parte Convocante que, la resolución que le impuso la multa se hizo sin la presencia del representante legal de la firma concesionaria por *“no haber sido enterado personalmente de la situación”*, lo cual acarrearía la violación flagrante y manifiesta del

**INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443**

debido proceso y por ende la nulidad del acto administrativo cuestionado.

No considera necesario este Tribunal citar la prolija y consuetudinaria jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en la que se destaca no solo la importancia de observar el debido proceso, sino también como el mismo debe aplicarse a las actuaciones judiciales y administrativas, en particular cuando de imponer sanciones o cargas se trata, ya que es un principio fundante de los Estados permitir que los ciudadanos puedan defenderse de las imputaciones a ellos hechas a través de la aportación y solicitud de pruebas, amén, claro está, de exponer los argumentos que desvirtúen la acusaciones que pesen en su contra.

Para lograr este objetivo, es requisito primigenio que el ciudadano, en este caso, el contratista, conozca, con la debida antelación, (i) los hechos, (ii) las pruebas, (iii) las disposiciones presuntamente quebrantadas, (iv) las consecuencias jurídicas y (v) el lugar y hora de la realización de la audiencia de descargos, ya que sin estos elementos mínimos, pero indispensables, sería casi imposible, por no decir imposible, lograr la defensa real y no meramente teórica de sus intereses.

En relación con esto último, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es enfático en indicar la necesidad de citar al contratista a fin de que pueda ejercer en debida forma su derecho a la defensa:

“Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;...". (Negrilla fuera de texto).

Nótese muy bien que, la norma parcialmente transcrita, no menciona la forma en que se debe convocar al contratista, manifestando, únicamente, que la entidad estatal lo citará sin más desarrollo acerca de la forma precisa y exacta en que lo debería hacer.

Como consecuencia de lo anterior, es decir, ante el vacío existente en la norma particular que regula el tema del trámite sancionatorio, es necesario remitirse a las disposiciones generales que trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que en su artículo 47 establece cuanto sigue:

“Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.” . (Negrilla fuera de texto)

Según este artículo, cuando se trate de informar al ciudadano/contratista la iniciación de un expediente sancionatorio en su contra, es indispensable que ello se le dé a conocer mediante una comunicación; sin embargo, una vez terminadas las diligencias y adoptada una decisión, ella tendrá que notificarse personalmente, que para el caso del tema sancionatorio a nivel contractual, se entenderá hecho en audiencia, asista o no la persona interesada.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Visto lo antes expuesto, se tiene que el contratista fue, a juicio de la entidad convocada, citado tanto el 29 de enero como el 8 de febrero de 2013, con el fin de que asistiera a la audiencia de descargos primero programada para el 7 de febrero y después reprogramada para el 18 del mismo mes.

Según advierte la Convocada en su contestación, dichas citaciones fueron remitidas a la dirección de notificación física del hoy Convocante, a través de la empresa de correos 472. No obstante lo arriba referido, ni en la contestación de la demanda ni tampoco en el expediente administrativo, había prueba que corroborara que efectivamente tales citaciones fueron remitidas oportunamente al contratista con el propósito de que ejerciera su derecho constitucional y legal de defensa, con la advertencia de que la parte demandante indicó en su demanda –afirmación indefinida- que nunca recibió comunicación alguna donde se le convocara a audiencia alguna con miras a desvirtuar los cargos que por incumplimiento se le imputaban. Ante la gravedad de la situación y lo precario del material probatorio que obraba hasta ese momento en el expediente, el Tribunal de Arbitramento, en ejercicio de su potestad de decretar y practicar pruebas de oficio contenida en el artículo 170 del Código General del Proceso,¹⁵ mediante Auto No. 16 de 2 de febrero de 2017, ordenó a Coljuegos para que en un término perentorio allegara el soporte documental que demostrará, más allá de toda duda, la remisión a la hoy demandante, de la comunicación donde se le convocaba a la audiencia de descargos, primero programada para el 7 de febrero y después reprogramada para el 18 del mismo mes.

¹⁵ *“El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.”* (Negrilla fuera de texto)

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

En virtud de lo anterior, Coljuegos allegó el documento originado por la empresa de correos 472 de donde se pudo constatar lo siguiente:

- i. Mediante la guía No. RN 11111111Z400A337 del 31 de enero de 2013, se remitió una primera citación a International Game Sistem Solutions SAS, convocándolo para el 8 de febrero, siendo entregada la misma a la señora Sandra Carolina Ávila el 2 de febrero de 2013¹⁶.
- ii. A través de la guía No. RN 11111111Z4CO0AO57 del 13 de febrero de 2013, se envió una segunda citación a International Game Sistem Solutions SAS, convocándolo para audiencia a realizarse el 18 de febrero, siendo entregada el 14 de febrero de 2013.

Debe anotarse, que en la cláusula vigésima séptima del Contrato, se estableció como dirección física de la Parte Convocante, la calle 40 sur No. 77 A -67 de la ciudad de Bogotá D.C., que coincide con la dirección de estas comunicaciones como con la dirección de notificaciones judiciales del certificado de existencia y representación de la Parte Convocante.

De acuerdo con lo anterior, quedó desvirtuada la violación al debido proceso que la convocante le imputó a Coljuegos, pues es evidente, más allá de toda duda, que está sí citó al contratista para que este ejerciera su derecho de defensa, situación diferente y que nada empaña el comportamiento de la empresa estatal, es que Internacional Games Sistem Solutions SAS no hubiese

¹⁶ En la guía aparece como año el 2012; sin embargo, esto se debe a un error de imprenta, lo cual se corrobora con el hecho de que la fecha de salida tiene como año el 2013.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

asistido, pues tal comportamiento hace parte del arbitrio exclusivo y excluyente de la hoy demandante, que no puede, desde ningún punto de vista, comprometer la responsabilidad del demandado.

Asimismo, el procedimiento sancionatorio que surtió Coljuegos respecto del Contrato, se sujetó a lo reglado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo expresado este cargo no está llamado a prosperar.

2.2. La Falsa Motivación y la Imposibilidad de Obtener la Garantía Única de Cumplimiento en las Condiciones y Plazos Establecidos en el Contrato de Concesión

La Parte Convocante, puso de presente que para la expedición de la Resolución No. 149, existía una falsa motivación, incumpléndose con ello el deber de motivación precisa y detallada (artículo 24.7 de la Ley 80 de 1993) y violando los mandatos de la buena fe (artículo 28 ídem), por (i) proferir una sanción cuando de antemano Coljuegos sabía cuáles eran las causas que impedían la constitución de la póliza, causas que le resultaban imputables a la entidad contratante, y adicionalmente, porque la responsabilidad de la aseguradora, ante un posible evento de incumplimiento en el pago de los derechos de explotación y gastos de administración, se encontraba abierta en el tiempo, lo cual además impedía la cuantificación del riesgo, dando lugar a un riesgo no asegurable. En esa medida, le exigieron a la Parte Convocante un paz y salvo en el que se aclarara un reporte de mora generado por ETESA frente a la misma y que era necesario *“la inclusión de un texto para delimitar el alcance de la cobertura por parte de la aseguradora”*, y por lo anterior, *“en las condiciones solicitadas por*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

COLJUEGOS no era posible expedir la póliza”; (ii) Tanto la solicitud del paz y salvo como la situación referente a la delimitación de responsabilidad de la aseguradora fueron puestas en conocimiento de Coljuegos mediante escritos radicados en dicha entidad los días 07, 08 y 21 de febrero de 2013 bajo los números de correspondencia 20132160031752, 20132160032972 y 20132160044642, respectivamente; (iii) que sin dar respuesta a las solicitudes escritas mencionadas, Coljuegos expidió la Resolución No. 149 del 18 de febrero de 2013; (iv) que el día 22 de marzo de 2013 las Partes suscribieron el otrosí No. 01 al Contrato, en el cual se incluyó un texto para delimitar la responsabilidad de la compañía aseguradora, texto que fue incluido en el inciso segundo del numeral 2 que se adicionó a la cláusula sexta, en los siguientes términos: *“La responsabilidad de la compañía de seguros, cuando el cumplimiento del contrato esté garantizado con póliza de seguro estará limitada respecto de las obligaciones de pago a las dos mensualidades o los 90 días dispuestos como plazo. Subsanado el incumplimiento para nuevos y posteriores incumplimientos este término se computará nuevamente de manera independiente.”*, y que la razón por la cual se suscribió el otrosí No. 01, fue la necesidad de solucionar el problema generado por la propia entidad Coljuegos al pedir una póliza en unas condiciones bajo las cuales ninguna aseguradora la expediría, lo cual, según la Parte Convocante quedo evidenciado en la consideración segunda del otrosí, en los siguientes términos: *“Que COLJUEGOS para desarrollar la función de control al cumplimiento de las condiciones contractuales y los reglamentos de juego **reconoce la necesidad de ampliar sus obligaciones para hacer posible la cuantificación del riesgo por parte de la aseguradora**, y así cumplir con la aplicación de políticas y el desarrollo de metodologías para evitar el incumplimiento del*

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

contrato de concesión suscrito con el CONCESIONARIO.”; (v) que lo anterior, además se evidencia en el hecho, que los contratos de concesión celebrados por Coljuegos hasta antes del mes de enero de 2013 contemplaban en su cláusula sexta, el mismo texto que fue objeto de inclusión mediante el otrosí No. 01 de 2013; y (vi) que el contrato de concesión celebrado con la Parte Convocante no fue el único que se vio entorpecido por las exigencias de la póliza; pues Coljuegos se vio obligado a modificar varios contratos -entre los cuales se mencionan los contratos C1050; C1048; C1047 y C1046- para subsanar el inconveniente generado por la propia entidad Coljuegos, al suprimir las especificaciones del numeral 2 de la cláusula sexta en las minutas en los contratos de concesión.

En relación con la falsa motivación alegada por la Parte Convocante, debe indicarse que el Consejo de Estado ha manifestado que: *“La falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto Ahora bien, la falta de motivación, bien puede interpretarse como el vicio formal denominado expedición irregular, que particularmente acontece cuando se emite el acto administrativo sin sujeción a un procedimiento y a unas fórmulas determinadas; referido no solo a su mera condición exterior, sino a la inobservancia de las exigencias expresas de la ley para ciertos actos, como cuando aquella ordena que sea adoptado únicamente por escrito o con expresión de los motivos, vale decir, con motivación explícita y obligatoria”.*¹⁷

¹⁷ Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá D.C., siete (07) de marzo de dos mil trece (2013) Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Sobre esta misma causal de nulidad, ha sostenido dicha Corporación que: *“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que (...) se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública... (...) Según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas”*¹⁸

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Ex. 22.523.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

De conformidad con lo anterior, se queja la Convocante que la tardanza en la consecución de la garantía única que amparara el Contrato se debía, en síntesis, a que tal como estaba la obligación contenida en el contrato de concesión inicialmente firmado, ninguna compañía aseguradora estaba en la disposición de extender dicha garantía y que únicamente, cuando Coljuegos se allanó a modificar la cláusula 6 a través de otrosí, fue posible obtener la póliza de la Previsora Seguros S.A., razón por la cual no le era imputable la demora en la ejecución de este trámite.

De conformidad con lo anterior, al Tribunal le corresponde determinar, si efectivamente esta causal de nulidad respecto de las tres (3) resoluciones atacadas, ocurrió de conformidad con los hechos y pruebas del presente proceso. Para el análisis y estudio de este cargo, el Tribunal deberá abordar la siguiente temática (i) las obligaciones y cargas del proponente/contratista y (ii) las pruebas que demuestren la imposibilidad de obtener la garantía única de cumplimiento en las condiciones originalmente pactadas.

2.2.1. La Carga de Diligencia del Proponente-Contratista

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido prolija al manifestar que en la etapa de formación de la voluntad, que en este caso particular y concreto se materializa con la solicitud de otorgamiento de una concesión para la explotación de juegos de suerte y azar y su posterior aceptación por parte del ente estatal, debe el particular/contratista observar una carga de diligencia entendida como la advertencia de posibles o reales inexactitudes, falencias, vacíos o errores en los documentos que regirán la futura relación jurídica negocial.

“Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2º del

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

artículo 3° de la Ley 80 de 1993 los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que...8 colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato.

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en estos casos, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos o, por decir lo menos, a percibirlos con fundamento en un negocio jurídico que ostenta un vicio de ilegalidad por violar, entre otros, el principio de planeación.” (Negrilla fuera de texto).¹⁹

En la demanda, numeral 12 de los hechos, la apoderada de International Games Sistem Solutions menciona que los contratos de concesión antes de enero de 2013 contenían una cláusula cuya redacción era muy similar a la que posteriormente se incorporó en el otrosí No. 1; sin embargo, no aportó prueba alguna que

¹⁹ Consejo de Estado, Expediente 24809 M.P. Jaime Orlando Santofimio.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

demonstrara tal hecho y que permitiera hacer una comparación entre el modelo de contrato dispuesto por Coljuegos y el contrato de concesión finalmente firmado.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, no le cabe la menor duda a este Tribunal que la demandante, en su deber de diligencia que le cabe de acuerdo con la sentencia arriba citada, debió, previo a la suscripción del contrato de concesión, no solamente advertir la modificación de la cláusula 6, sino también, y esto es lo más importante y relevante, las implicaciones que ello tenía para el trámite y obtención de la garantía única de cumplimiento, en particular que con la nueva redacción se hacía imposible, según su decir, que las compañías aseguradoras expidieran la póliza exigida.

Debe advertir el Tribunal igualmente, en desarrollo de este deber de diligencia atribuible a la Parte Convocante, en su calidad de contratista de un contrato estatal, que mediante oficio de liquidación 32000200-5 del 25 de septiembre de 2012, previo a la celebración del Contrato, se le informó a la Parte Convocante la vigencia de las pólizas y los valores de los riesgos a garantizar para efectos de la suscripción del Contrato, tal como se indica en el considerando décimo segundo de la Resolución 331 de 27 de septiembre de 2012, mediante la cual se autorizó la suscripción del Contrato. Dicho oficio además, es parte del Contrato, de conformidad con la propia cláusula vigésima cuarta del Contrato.

De otra parte, resulta llamativo para el Tribunal que, si el contrato de concesión C-989 se suscribió el 8 de enero de 2013, solamente hasta el 12 de marzo de 2013, según lo indicado en su informe, por parte de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, el

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

concesionario hubiese solicitado la expedición de la garantía, encontrándose para ese momento con la negativa de dicha compañía para otorgarla. Es decir que, transcurrieron más de dos meses desde la firma del negocio jurídico sin que el demandante hubiese realizado gestión alguna, o al menos de ello no existe prueba que obre en el expediente, para satisfacer la exigencia de poner a disposición de la entidad la garantía que amparara sus obligaciones, y de esta manera, cumplir con uno de los requisitos de ejecución.

El Tribunal coincide y acoge los argumentos expuestos por el Agente del Ministerio Público en su presentación de los alegatos de conclusión, cuando acertadamente indicó que los escritos dirigidos por el concesionario a Coljuegos del 7 y 8 de febrero de 2013, previos a la imposición de la multa (19 de febrero de 2013), no tienen relación alguna con la causa que fue motivo de la sanción contractual. Es decir, para ese momento, 19 de febrero de 2013, el hecho de que existiese una cláusula en el contrato que supuestamente era distinta a la que había antes de enero de 2013 y que implicaba que La Previsora Compañía de Seguros no emitiera la póliza, no era motivo de preocupación para el hoy demandante.

En todo caso, respecto de la negativa de la entidad aseguradora La Previsora Compañía de Seguros para otorgar la garantía, debe indicarse que de conformidad con el informe recaudado de Tecnaseg Ltda. Agencia Colocadora de Seguros el intermediario de seguros usado por la Parte Convocante, esta sociedad según su informe "*A principios de febrero de 2013, recibimos la solicitud de constitución póliza por parte de INTERNACIONAL GAMES SYSTEMS...*", se puede evidenciar, tal como lo puso de presente el

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Ministerio Público, que la Parte Convocante adelantó las actuaciones para constituir la garantía por fuera del término en que ya debía allegarlas a Coljuegos, por lo que debe anotarse, que tanto la solicitud como demás situaciones indicadas por la Parte Convocante ocurrieron en un período de tiempo en el que ya se había configurado la mora e incumplimiento de esta. Asimismo, en el informe recaudado por la entidad La Previsora S.A. se informa que *“El Intermediario Tecnaseg Ltda. solicitó la emisión de la Póliza en mención el 12/03/2013”*, por lo que no es aceptable que, una parte haya transgredido las obligaciones contractuales que le eran exigibles y pretenda derivar de dicho incumplimiento un efecto a su favor.

Asimismo, en relación con las alegaciones de la Parte Convocante respecto de las supuestas causales exonerativas del incumplimiento del otorgamiento y entrega de la garantía, debe anotarse que, las causas o motivos que justifiquen un incumplimiento, han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente. Aquí, debe recordarse que, el contrato de suyo es acto de previsión, y sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, y las partes han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, y proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, sin admitírsele alegar torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (*venire contra factum proprium*) o contrariar la confianza

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

legítima;²⁰ y que se hace necesario recordar el aforismo y norma obligatoria que rige a los contratos, mediante el cual, las partes están obligadas a cumplir lo expresamente pactado en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, (pacta sunt servanda), destacándose, que contrario a lo alegado por la Parte Convocante, el tenor de la cláusula séptima del Contrato, es diáfano frente a la obligación y alcance del otorgamiento de la garantía a cargo de la Parte Convocante, no siendo dado al juzgador, pretender de manera forzosa, la aplicación de la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil, cuando la misma no tiene lugar. Lo contrario, equivaldría al patrocinio del quebranto de la certeza, seguridad, estabilidad y regularidad del tráfico jurídico, pretendiendo modificar, sin justificación alguna, las condiciones del Contrato, no siendo ya el mismo celebrado ab initio, cuyo cumplimiento ata a las Partes.

Adicionalmente, debe indicarse que Coljuegos, contaba con los fundamentos y elementos jurídicos, tanto legales como contractuales para la imposición de multas, que para el caso del Contrato, quedaron incorporados en la cláusula octava, en los siguientes términos: "...2). *La omisión respecto de la obligación de constituir, renovar o ampliar, la garantía de cumplimiento para el contrato de concesión, dentro de los plazos establecidos en el artículo anterior, dará lugar a la imposición de una multa diaria sucesiva correspondiente a una vez y media el valor diario que corresponde pagar por derechos de explotación y gastos de administración del contrato por cada día de retraso en la constitución, renovación o ampliación en debida forma de las*

²⁰ Sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01).

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

mismas...”.²¹

Por último, debe señalarse que la Resolución No. 963 por medio de la cual se aclaró la liquidación de la sanción impuesta mediante la Resolución 149 del 18 de febrero de 2013, se sustentó en que:

“(…) se considera que existió un error de transcripción de los datos del contrato en la aplicación de la fórmula para establecer el monto de la sanción, pues se estableció que la duración del contrato correspondía a cinco (5) años, siendo lo correcto tres (3) años; razón por la cual se debe aclarar que el monto de la sanción diaria corresponde a:

(…)

Que esta corrección se realiza por la facultad establecida en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 que prevé:

“Artículo 45. Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún

²¹ La cláusula octava del contrato C-989 estableció:

OCTAVA. MULTAS.- 1) Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad del contrato, la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS, podrá con el fin de apremiar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tasar multas diarias y sucesivas al CONCESIONARIO hasta por el cero punto cinco (0.5%) del valor del contrato para obtener su cumplimiento. 2) La omisión respecto de la obligación de constituir, renovar o ampliar, la garantía de cumplimiento para el contrato de concesión, dentro de los plazos establecidos en el artículo anterior, dará lugar a la imposición de una multa diaria sucesiva correspondiente a una vez y media el valor diario que corresponde pagar por derechos de explotación y gastos de administración del contrato por cada día de retraso en la constitución, renovación o ampliación en debida forma de las mismas. 3) En caso de realizarse el traslado de instrumentos de juego sin dar cumplimiento a la obligación contractual consagrada en la cláusula quinta, numeral 10 de este contrato u operar los instrumentos por fuera del sitio autorizado, se tasará multa equivalente a 100 salarios mínimos legales diarios vigentes por cada instrumento que se encuentre en la situación descrita, sin perjuicio de la correspondiente liquidación y sanción de aforo.

PARÁGRAFO.- La tasación de las multas contempladas en la presente cláusula no podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor total del contrato.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.”

El error a que se hace referencia es un error formal de tipo aritmético, toda vez que se refiere a la operación matemática utilizada para el cálculo de la multa, en este sentido, no se afecta la decisión de fondo proferida en la Resolución 149 de 2013, a través de la cual se imponían multas por el incumplimiento del contrato de concesión...”

Por su parte, la entidad convocada mediante la Resolución 1206 del 20 de agosto de 2013, por medio de la cuál se decidió el recurso de reposición contra la Resolución 963 del 18 de julio, confirmó este acto administrativo, sustentada en que:

“(...) Que este Despacho considera improcedente entrar a estudiar los aspectos meramente sustanciales atacados en el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de la sociedad INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S., toda vez que la corrección, como bien lo indica el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, en ningún caso dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión...”

(...)

En conclusión, no puede esta Vicepresidencia considerar los argumentos presentados por el operador mediante los cuales pretende atacar la motivación de la imposición de la sanción, como quiera que nos encontramos frente a una acto administrativo meramente aclaratorio y no sancionatorio, por tanto se considera que la oportunidad procesal para intentar desvirtuar la imposición de la sanción se encuentra a todas luces vencida...”

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

En esa medida, la Resolución No. 963 de 18 de julio de 2013, aclaró la Resolución 149, de conformidad con los términos del artículo 45 de la Ley 1437, toda vez que en la liquidación de la multa, indicada en la Resolución 149, se tomó una duración del contrato de cinco y no de tres años, por lo que la Resolución No. 963, sólo corrigió un error aritmético, no siendo por lo tanto, objeto de la misma, las razones, móviles o fundamentos para la imposición de la multa por el incumplimiento de constitución y entrega de las garantías, ni teniendo incidencia que para su fecha de expedición ya se hubiera otorgado y entregado la garantía, dado que se reitera, su objeto era estrictamente una corrección en los aspectos de liquidación de las multas. Iguales apreciaciones, son aplicables para la Resolución No. 1206 del 20 de agosto de 2013, notificada el 22 de agosto de 2013, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 963 de 18 de julio de 2013, toda vez que efectivamente no era dado reabrir extemporáneamente la controversia sobre el fundamento o no para la imposición de multas ante la administración, y muy contrario a lo alegado por la Parte Convocante, de tratarse de un mismo acto administrativo.

En relación con el cargo de violación al principio de buena fe, alegado por la Parte Convocante, *“violando los mandatos de la buena fe (artículo 28 ídem) al proferir una sanción cuando de antemano Coljuegos sabía cuáles eran las causas que impedían la constitución de la póliza, causas que le resultaban imputables a la entidad contratante”*, debe indicarse que son aplicables, en los mismos términos, las consideraciones de la ausencia de falsa de motivación, indicadas previamente.

**2.2.2. La Pruebas que Demuestren la Imposibilidad de
Obtener la Garantía Única de Cumplimiento en las
Condiciones Originalmente Pactadas.**

Ahora bien, no escapa a este Tribunal el hecho de que el Convocante no probó que otras compañías de seguros que tuvieran el ramo de cumplimiento se hubiesen negado a expedir la póliza en las condiciones originalmente exigidas por Coljuegos. Nótese que el intermediario de seguros Tecnaseg al momento de rendir su informe indicó que *“Teniendo en cuenta que para ese momento Coljuegos IECE, había requerido a La Previsora de Seguros S.A. (una de las únicas compañías de seguros que otorgan este tipo de pólizas de cumplimiento a favor de Coljuegos)...”* (Negrillas fuera de texto). De conformidad con este informe como de la copia de distintos contratos de concesión y pólizas allegados por la Parte Convocada que contenían la misma cláusula de garantías del Contrato, se pudo evidenciar que efectivamente otras compañías aseguradoras sí expidieron las pólizas (tales como Seguros del Estado) e incluso, que la entidad La Previsora S.A. sí expidió pólizas en los términos iniciales de la cláusula séptima del Contrato, durante el mes de enero de 2013. De lo anterior, se puede dilucidar que sí existían en el mercado otras aseguradoras que expedían las pólizas, y que muy posiblemente, si la Parte Convocante se hubiera allanado a cumplir su obligación de constituir la garantía, dentro de los cinco primeros días siguientes a la celebración del Contrato, la entidad La Previsora S.A. le hubiera otorgado la misma, aspectos que permiten indilgar una falta de diligencia de la Parte Convocante, de la que tampoco es plausible que pueda aprovecharse

Así las cosas, no quedó probada la supuesta imposibilidad de

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

Internacional Games Sistem Solutions de obtener la garantía única de cumplimiento, ya que el simple hecho de que La Previsora se hubiese negado a expedir la póliza, se reitera, en las condiciones originalmente contenidas en el contrato de concesión, y una vez la Parte Convocante se encontraba en estado de mora, no implicaba, desde ningún punto de vista, que otras compañías tampoco lo hicieran, lo cual, de haber sido probado, si constituiría un evento de fuerza mayor.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, este Tribunal no encuentra méritos suficientes para revocar el acto administrativo que impuso la sanción contractual de multa, pues no quedó probado ni la desviación de poder, ni la violación a la buena, ni la falsa motivación, aspectos por los cuales fueros censuradas las resoluciones por parte de la apoderada de la demandante. Por el contrario, lo que halló probado fue una falta de diligencia del concesionario quien (i) no advirtió antes de la firma del Contrato la supuesta modificación de la cláusula sexta y las consecuencias que esto acarrearía y (ii) no tramitó la garantía, con la presteza debida, lo cual condujo a que incumpliera con el plazo señalado para aportarla para su revisión y aprobación, y que solamente después de la multa, advirtiera las dificultades para su obtención.

3. Consideraciones Finales

Dos consideraciones finales son necesario hacer: primera, no deja de llamar la atención a este Tribunal, que gran parte de la contestación de la demanda realizada por Coljuegos se hubiese referido a los hechos de otro proceso contencioso, pues las respuestas allí expresadas no concuerdan con los sucesos indicados en el escrito demandatorio, por esta razón el Tribunal se abstendrá de condenar en costas no obstante que las

**INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA
INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO
RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443**

pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar. Segunda, resulta cuestionable el desorden administrativo que impera en la entidad, lo cual queda evidenciado en dos hechos: (i) la suscripción de un contrato de concesión con un particular sobre el cual pesaba una inhabilidad y (ii) que el Contrato se hubiese firmado por fuera del plazo que había concedido el acto administrativo de autorización, lo cual demuestra, como ya se mencionó, que se actuó con falta total de competencia por parte del funcionario que lo suscribió.

V. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. Decrétese la nulidad del contrato de concesión No. C-989 de 2013 suscrito entre Coljuegos e Internacional Games Sistem Solutions S.A.S. por las razones expuestas.

SEGUNDO. Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO. Por las razones expuestas en la parte motiva, abstenerse de condenar en costas.

CUARTO. Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y a la agente del Ministerio Público, con las constancias de ley.

INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S VS. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS - 3443

QUINTO. Declarar causado el saldo de los honorarios a favor del Árbitro y del Secretario, por lo que se ordena el pago de los mismos.

SEXTO. En firme este laudo, entréguese el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para los efectos legales pertinentes.

SEPTIMO. Ordenar al Árbitro rendir cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los gastos de funcionamiento del Tribunal.

Esta providencia queda notificada en audiencia, hoy 24 de febrero de 2017.



FELIPE HADAD ÁLVAREZ

Árbitro

DANIEL FELIPE VILLARROEL BARRERA

Secretario

**INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S. VS. EMPRESA INDUSTRIAL
Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS
JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS -**

ACTA No. 15

En la ciudad de Bogotá D.C., el 24 de febrero de 2017, siendo las 2:00 p.m., de conformidad con lo previsto en los artículos 31 y 33 de la Ley 1563, se reunió el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre **INTERNATIONAL GAMES SISTEM SOLUTIONS S.A.S.**, como Parte Convocante, y la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS** -, como Parte Convocada, integrado por el doctor **FELIPE HADAD ALVAREZ** en calidad árbitro único y **DANIEL VILLARROEL BARRERA** en calidad de secretario.

Comparecieron igualmente, por la parte convocante, la doctora Carmen Mónica Sierra Castro, en calidad de apoderada; y por la parte convocada, la doctora Liz Katerinne Aldana Acero, en calidad de apoderada.

En representación del Ministerio Público asistió la doctora Fanny Contreras Espinosa, Procuradora 55 Judicial II para asuntos administrativos, designada para este trámite arbitral.

AUDIENCIA DE LAUDO

A continuación se dio inicio a la audiencia de laudo, para lo cual el secretario procedió a dar lectura de la parte resolutive del laudo arbitral.

Agotado el objeto de la presente diligencia, se firma por quienes asistieron, en la ciudad de Bogotá D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Esta providencia queda notificada en audiencia, sin manifestación alguna por parte de los apoderados.



FELIPE HADAD ALVAREZ
Árbitro único




DANIEL VILLARROEL BARRERA
Secretario



CARMEN MÓNICA SIERRA e.
Apoderada Parte convocante



LIZ KATERINNE ALDANA ACERO
Apoderada de la Parte Convocada



FANNY CONTRERAS ESPINOZA
Procuradora 55 Judicial II para asuntos administrativos