

FUNCION CONSULTIVA - Alcance. No constituye un trámite controversial de tipo judicial

Tal como ya se ha advertido en otros pronunciamientos, “recuerda la Sala que la función consultiva no constituye un trámite controversial de tipo judicial; se encuentra establecida como un mecanismo constitucional dirigido a asegurar que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento jurídico y al interés general por el que le corresponde velar en el ejercicio de sus funciones. La defensa del ordenamiento jurídico por esta vía se realiza a través de un órgano independiente y autónomo del poder judicial, que actúa por tanto con independencia de criterios, dentro de una lógica de colaboración armónica de poderes (art.113 C.P). No se trata entonces de dar la razón a una u otra posición en temas controvertibles, sino de rendir un concepto jurídico que sirva a la Administración en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado.”

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la función consultiva, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1966 de 5 de octubre de 2009.

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Régimen propio. Monopolio rentístico / MONOPOLIO RENTISTICO - De juegos de suerte y azar: Régimen propio

La Sala en varias oportunidades se ha pronunciado en relación con el tema, concluyendo entre otras cosas que, “el tratamiento constitucional del monopolio económico ha sido el mismo desde 1910, en cuanto a su finalidad, su regulación por la ley, y la obligación del Estado de indemnizar a quien se vea privado de realizar la actividad de que se trate. [Y que] La reforma de 1991, adicionó la norma constitucional en algunos aspectos hasta entonces de competencia del legislador, por ejemplo, el destino de los recursos obtenidos del monopolio y las sanciones por evasión fiscal.”

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prevalencia del régimen propio de los monopolios rentísticos, Corte Constitucional, sentencia C-1191 de 2001. Sobre el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 1299 de 2000, 1686 de 2000 y 1945 de 2009.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 336 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 60

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Contratación: marco legal / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Concesión: Características y duración / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Reglas para los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 643 de 2001 / CONTRATO DE CONCESION - De juegos de suerte y azar: Marco legal / ECOSALUD - No es jurídicamente viable prorrogar el contrato de concesión para explotación del juego Loto en Línea

La Ley 643 de 2001 reguló de manera específica el régimen aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a esa ley (...) Como se observa, los contratos de concesión quedan sometidos a dos reglas esenciales: (i) el plazo no puede ser inferior de tres años ni superior de cinco; y (ii) la selección de los concesionarios y demás aspectos de la contratación se regirá por la ley 80 de 1993. (...) De esta forma, el artículo 60 en cita, describe claramente las reglas específicas aplicables a los contratos celebrados antes de su vigencia, a saber: (i) que podrán mantener el plazo “inicialmente pactado”, esto es que no es necesario ajustarlos a los nuevos plazos del artículo 7º; y que (ii) una vez finalizado ese plazo de ejecución, deberán seleccionarse nuevos operadores, lo que supone entonces su terminación. Así, es claro que la ley 643 de 2001 permite que los

contratos suscritos con anterioridad a ella se continúen ejecutando hasta el vencimiento del “plazo inicialmente contratado”, incluso si éste es distinto a los nuevos plazos previstos en el artículo 7 de la misma ley; pero es evidente también, que a su vencimiento deberán terminarse (sin posibilidad de prorrogarse) para permitir la selección de nuevos operadores conforme al artículo 22 de la misma ley, cuyos contratos ya quedarán sujetos en todo a la Ley 643 de 2001. (...) En este orden de ideas, se concluye que los contratos pactados con anterioridad a la ley 643, no pueden ser prorrogados y en consecuencia al vencimiento de su plazo inicial deberán terminarse para iniciar nuevos procesos de selección de concesionarios. (...) En virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 643 de 2001, ECOSALUD no puede prorrogar del contrato de concesión C-117 de 1999.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 643 de 2001, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1425 de 23 de octubre de 2002.

FUENTE FORMAL: LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 7 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 60

CONTRATO ESTATAL - Prohibición de prórroga automática / PRORROGA AUTOMATICA - De contrato estatal: Prohibición

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

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prórroga de contratos estatales en curso, Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997. Sobre la prohibición de prórrogas automáticas, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Rad. 15239. Autorizada la publicación con oficio 3836 de 16 de junio de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984)

Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: Prórroga del contrato de concesión. Alcance del artículo 60 de la ley 643 de 2001.

1. La consulta

El Ministerio de la Protección Social solicita a la Sala su concepto sobre el alcance del artículo 60 de la ley 643 de 2001, relacionado con la posibilidad de prorrogar el contrato de concesión C-117 para la explotación del juego denominado LOTO EN LINEA, suscrito con la empresa GTECH.

Señala el Ministerio que ECOSALUD S.A. después de declarar desierta la convocatoria pública internacional 003 de 1999, realizó una invitación pública para contratar el diseño, montaje, instalación, implementación y operación del loto en línea en todo el territorio nacional, a la que sólo respondió la firma GTECH FOREIGN HOLDING CORPORATION, con la cual, el 22 de diciembre de 1999 se suscribió el contrato de concesión C-117.

Según la cláusula primera, el objeto del contrato se debía ejecutar en cuatro etapas: a) Diseño del sistema de apuestas en línea para todo el territorio nacional, b) Montaje del sistema, c) Instalación e implementación de los equipos, servicios de tecnología y comunicaciones, inicialmente en Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla, y d) Operación del juego denominado Loto en Línea, en las ciudades mencionadas para posteriormente extenderlo en el territorio nacional, de acuerdo al plan de expansión propuesto.

De conformidad con la cláusula segunda, la duración del contrato es de 10 años contados a partir de la última etapa, es decir, de la puesta en marcha de la operación del juego Loto en Línea, con la posibilidad de ser prorrogado por 5 años siempre y cuando: i) exista concepto favorable del interventor acerca del cumplimiento sustancial de las obligaciones principales adquiridas con el contratista, ii) éste lo haya solicitado por escrito con una antelación de 90 días calendario a la fecha de vencimiento, y iii) la entidad notifique la prórroga dentro del mismo tiempo.

Que en la etapa precontractual, se solicitó que se aclarara el contenido del pliego de condiciones sobre el derecho a la prórroga del contrato, frente a lo que ECOSALUD, en su momento, respondió que ésta no quedaba al arbitrio de los dirigentes de turno que estuvieran 10 años más tarde, sino que solamente dependía del cumplimiento de todas las obligaciones del contratista y de que su interés se manifestara con 90 días de antelación a su vencimiento.

Informa que la primera modificación de las 8 realizadas al contrato, recayó sobre la ya mencionada cláusula segunda, reforma que eliminó la notificación de la prórroga por parte de la entidad señalando que la misma se realizaría con sujeción al ordenamiento jurídico.

Explica el Ministerio que con la expedición de la ley 643 del 16 de enero de 2001 se fijó el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, la liquidación de ECOSALUD S.A. y la creación de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, así como la cesión de todos los contratos de aquella a ésta. De igual modo señala que con dicha ley, los contratos de concesión deben tener una duración mínima de tres años y máxima de cinco.

Indica que el 24 de enero de 2001, se firmó el otrosí No. 2, en el que las partes declararon que reconocen y aceptan que *“el contrato C-117-99 junto con las modificaciones incluidas mediante el otrosí No. 1, se ajusta en su integridad a lo establecido en la ley 643.”*

Agrega que la operación del contrato se inició el 17 de enero de 2001, que el plazo de ejecución de 10 años se cumple el 17 de enero de 2011, y que el concesionario GTECH ha solicitado la prórroga del contrato por 5 años en los términos señalados en la cláusula segunda del contrato, modificada por el otrosí No. 1.

Que como argumento adicional al derecho a la prórroga que le da el contrato, GTECH explica que el retorno de la inversión se calculó obtener durante la duración del contrato prevista desde el inicio en 15 años, además de que *“(i) proyectó sus inversiones sobre la concepción tecnológica y contractual inicial de la utilización de una red para varios juegos de suerte y azar, según lo requerido por ETESA; y que (ii) a pesar de que el contrato contempla una opción diferente, la red de GTECH ha sido autorizada para ser utilizada por un solo juego de suerte y azar,”* y que *“ante la imposibilidad de obtener nuevos ingresos con juegos adicionales a la LOTO EN LINEA, se ha visto en la necesidad de realizar mayores inversiones que las previstas inicialmente.”*

Señala adicionalmente que la cláusula Vigésima Séptima del contrato regula la cláusula de reversión, según la cual, el contratista conservará la propiedad intelectual de los elementos del sistema y del software y la propiedad de las licencias de comunicaciones y que en caso de que ETESA desee continuar utilizando el software, las partes acordarán los pagos que deberán hacerse por derecho de uso.

Finalmente, cita el oficio PD No. 00872 del 1º de octubre de 2009, en el cual el Procurador General de la Nación se pronuncia sobre el contrato de concesión, en respuesta a la solicitud que elevara la Vicepresidencia de la República a raíz de denuncias por presuntas irregularidades en torno a su ejecución y prórroga.

Con base en lo anterior consulta:

“1. ¿Cuál es el alcance del artículo 60 de la Ley 643 de 2001, y en especial de su segundo inciso, respecto de los contratos que se celebraron con anterioridad a su expedición, por parte de ECOSALUD, y que aún se encuentran vigentes y en ejecución?”

2. De acuerdo a la respuesta dada a la anterior pregunta, ¿es posible hacer efectiva la prórroga pactada en la cláusula segunda del contrato de concesión 117 de 1999 –modificada por OTROSI No. 1-, cumplidas las condiciones señaladas en el contrato para su otorgamiento?”

En respuesta a la solicitud formulada por la Presidencia de esta Sala, el Ministerio del Interior y de Justicia, remitió copia del pronunciamiento realizado por la Procuraduría General de la Nación en relación con la materia objeto de consulta, los antecedentes administrativos que dieron origen al contrato, la copia de sus modificaciones y la solicitud de prórroga del contrato, entre otros documentos.

Sólo con el fin de precisar los problemas jurídicos que propone la consulta, la Sala se permite hacer mención previa y expresa de la solicitud de prórroga del contrato y del oficio del Procurador.

2. Solicitud de prórroga del contrato C-117 de 1999 por parte del contratista

El 9 de julio de 2009, el contratista solicitó a ETESA la prórroga del contrato, dado que considera que de conformidad con la cláusula 2ª, si bien la duración inicial era de 10 años, las partes tuvieron la intención de que fuera prorrogado por cinco años, siempre y cuando se cumplieran dos condiciones: i) que GTECH haya cumplido con sus obligaciones contractuales, lo cual se acreditará mediante concepto de la interventoría y ii) que GTECH notifique a ETESA por lo menos con 90 días de antelación al vencimiento del contrato, su intención de prorrogarlo.

Manifiesta el contratista que las condiciones contractuales para la prórroga se dieron, puesto que ha cumplido con las obligaciones pactadas en el contrato, tal como se advierte en las comunicaciones expedidas por ETESA en varias oportunidades; por ejemplo, en el *“Acta de Entrega Informe Baloto Año 8 de operación – Mayo de 2009”* y en la *“Certificación del 13 de mayo de 2009 del Vicepresidente Comercial de ETESA”*. Así mismo, por hecho de que no existen observaciones, comentarios o reclamos de la entidad ni de la interventoría en relación con el cumplimiento del contrato; razón por la cual, tiene derecho a solicitar que se conceda la prórroga por cinco años adicionales, contados a partir del vencimiento del término inicial, es decir, hasta el 17 de enero de 2016.

Como argumento adicional, GTECH señaló que para ellos es indispensable la prórroga dado que se ha dado un desequilibrio de las condiciones económicas del contrato y de los presupuestos bajo los cuales se les entregó la explotación de la LOTO EN LINEA que no eran los esperados, por cuanto éstos dependían en gran parte de la autorización para la explotación de un segundo juego, que infortunadamente no ha podido ser *“entre otras razones por el cambio de condiciones, frente a las condiciones (sic) iniciales establecidas en el contrato, en los procesos licitatorios posteriores adelantados por ETESA. Es así como ETESA ha insistido en incluir la exigencia de mínimos garantizados y otras condiciones de imposible cumplimiento, lo cual ha imposibilitado la participación de GTECH en estos procesos o la adjudicación de los mismos en otros casos.”*

Sostuvo finalmente que aunque la red se ha utilizado para la prestación de servicios comerciales y corresponsalía no bancaria, los ingresos que ello ha generado no han compensado las pérdidas que ha producido el cambio de las condiciones contractuales por parte de ETESA.

3. Las observaciones de la Procuraduría General de la Nación

Mediante oficio del 22 de octubre de 2009, la Procuraduría, en atención a la solicitud formulada por la Vicepresidencia de la República respecto de presuntas irregularidades cometidas en ETESA relacionadas con la prórroga del contrato de concesión C-117 de 1999, le expresa al señor Ministro de la Protección Social que en ejercicio de la función que le corresponde de velar por la protección del interés público y ejercer la vigilancia de la conducta de quienes cumplen funciones públicas, y una vez examinados los documentos aportados en la visita de verificación a dicha entidad, se permite realizar cuatro recomendaciones: i) que la petición elevada por GTECH FOREIGN HOLDING CORPORATION el 9 de julio de 2009 con la cual solicita la prórroga del contrato por cinco años, sea resuelta y comunicada oportunamente, pronunciándose sobre la integridad de los argumentos allí expuestos; ii) que en el evento en que ETESA no decida prorrogar el contrato, se programe oportunamente las actuaciones tendientes a realizar una licitación de conformidad con los artículos 25 numerales 7 y 12 de la ley 80 de 1993, 8º de la ley 1150 de 2007 y 3º del decreto 2474 de 2008, con el fin de que

se garantice la continuidad de su funcionamiento; iii) que ETESA verifique, en coordinación con el contratista, si se ha presentado la ruptura del equilibrio financiero del contrato aducida por el contratista en la petición del 8 de julio de 2009, respecto de la no implementación de dos juegos adicionales, los cuales tenían el propósito de hacer rentable la operación. En caso de comprobarse tal desequilibrio, exhorta a ETESA a que adopte en el menor tiempo posible las medidas tendientes a restablecerlo de conformidad con los artículos 27 y 50 de la ley 80 de 1993 y la cláusula vigésima novena del contrato, acudiendo al procedimiento de resolución directa de conflictos, salvo que las partes adopten otro mecanismo; y, iv) que ETESA examine desde el inicio de la operación del juego si las obligaciones del contrato C-117 de 1999, han sido cumplidas por el concesionario, teniendo en cuenta que uno de los requisitos estipulados para la prórroga es que el interventor expida concepto favorable respecto del cumplimiento de todas obligaciones contractuales.

De igual forma, la Procuraduría pide a ETESA que analice con detalle el monto de los ingresos reales del contrato frente a los estimados, dado que las cifras presentadas resultan significativamente llamativas a pesar de que se afirma que el valor del contrato es una mera estimación basada en proyecciones y que el valor real será el que resulte de aplicar a las ventas brutas del juego afectivamente realizadas, los porcentajes de ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala tratará tres aspectos que surgen de los interrogantes planteados: (i) la exclusividad y prevalencia del régimen propio de los juegos de suerte y azar de conformidad con el artículo 60 de la ley 643 de 2001; (ii) la duración de los contratos de concesión de juegos de suerte y azar; y (iii) el alcance de las prórrogas pactadas en los contratos estatales, en especial la imposibilidad de pactar prórrogas automáticas.

Para efectos de absolver lo preguntado, la Sala se limitará a abordar los temas jurídicos exclusivamente necesarios para el efecto, evitando desarrollar las generalidades de los juegos de suerte y azar y de la contratación pública, y por no corresponderle, tampoco entrará a debatir en concreto las posiciones jurídicas presentadas por las partes, ni por la Procuraduría General de la Nación, en tanto que no le compete hacer las veces de juez frente a la ejecución del contrato. Se hace énfasis en que se traen a colación, simplemente para precisar los problemas jurídicos sometidos a consideración por parte del Ministerio consultante.

En efecto, tal como ya se ha advertido en otros pronunciamientos, *“recuerda la Sala que la función consultiva no constituye un trámite controversial de tipo judicial; se encuentra establecida como un mecanismo constitucional dirigido a asegurar que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento jurídico y al interés general por el que le corresponde velar en el ejercicio de sus funciones. La defensa del ordenamiento jurídico por esta vía se realiza a través de un órgano independiente y autónomo del poder judicial, que actúa por tanto con independencia de criterios, dentro de una lógica de colaboración armónica de poderes (art. 113 C.P). No se trata entonces de dar la razón a una u otra posición en temas controvertibles, sino de rendir un concepto jurídico que sirva a la Administración en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado.”*¹

¹ Ver concepto No. 1966 de 5 de octubre de 2009.

I. La exclusividad y prevalencia del régimen propio de los juegos de suerte y azar.

El artículo 336 de la Carta, señaló que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley y ordenó que el destino de sus recursos fuera para la atención de los servicios de salud. Dice la norma en comentario:

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

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

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.²

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

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.” (Negrillas de la Sala)

Precisamente, con la expedición de la ley 643 de 2001, se desarrolló el contenido de la norma constitucional anteriormente mencionada en cuanto obligaba a expedir una ley de régimen propio en materia de juegos de suerte y azar.³

En ese sentido, el artículo 60 de la Ley estableció lo siguiente:

“ARTICULO 60. EXCLUSIVIDAD Y PREVALENCIA DEL REGIMEN PROPIO. *Las disposiciones del régimen propio que contiene esta ley regulan general e integralmente la actividad monopolística y tienen prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes, sin perjuicio de la aplicación del régimen tributado vigente (...).*

La Sala en varias oportunidades se ha pronunciado en relación con el tema, concluyendo entre otras cosas que, *“el tratamiento constitucional del monopolio económico ha sido el mismo desde 1910, en cuanto a su finalidad, su regulación por la ley, y la obligación del Estado de indemnizar a quien se vea privado de*

² Ley 5º de 1992. *“ART. 142.—Iniciativa privativa del gobierno. Sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del gobierno, las leyes referidas a las siguientes materias:(...)*

17. Organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos que estarán sometidos a un régimen propio. (...)

PAR.—El Gobierno Nacional podrá coadyuvar cualquier proyecto de su iniciativa que curse en el Congreso cuando las circunstancias lo justifiquen. La coadyuvancia podrá efectuarse antes de la aprobación en las plenarias.”

³ Dicha labor en el Congreso, según la exposición de motivos que acompañó la ponencia presentada para primer debate, tuvo una larga e infortunada historia legislativa objeto de candentes discusiones, que incluyeron obviamente la versión que presentó la Administración, retomada para incluir algunas modificaciones al texto aprobado en la primera legislatura de 1999 en la Cámara de Representantes, que redundarían en una contribución más importante al sector salud, una más eficiente administración del monopolio y una mayor solidez jurídica al proyecto. (Ver Gaceta del Congreso No. 154 del 23 de mayo de 2000, p. 4.)

realizar la actividad de que se trate. [Y que] La reforma de 1991, adicionó la norma constitucional en algunos aspectos hasta entonces de competencia del legislador, por ejemplo, el destino de los recursos obtenidos del monopolio y las sanciones por evasión fiscal.”⁴

Respecto de la prevalencia del régimen propio, la Corte Constitucional en la sentencia C-1191 de 2001, sostuvo lo siguiente:

“Finalmente, ese mismo artículo indica que la ley debe señalar un "régimen propio" para esas actividades, expresión que no puede pasar inadvertida al intérprete. Ahora bien, esta Corte, en anterior ocasión, había señalado que por "régimen propio" debe entenderse una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades, a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas. En tales circunstancias, si el Legislador considera que lo más conveniente es atribuir la titularidad de esos monopolios a las entidades territoriales, entonces puede hacerlo. Pero igualmente puede el Congreso señalar que se trata de un recurso nacional, tal y como precisamente lo hicieron las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, que declararon que eran arbitrio rentístico de la Nación "la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores" (Ley 100 art. 285). Pero también podría el Congreso concluir que la regulación más adecuada de un monopolio rentístico implica un diseño de esas rentas que escape a la distinción entre recursos endógenos y exógenos; en tal evento, bien podría el Legislador adoptar un diseño de ese tipo, ya que dicha regulación constituiría el "régimen propio" que la Carta ordena establecer. En todo caso, no por ello puede afirmarse que para la adopción de ese régimen se requiera de una ley especial, pues la previsión constitucional solamente exige una regulación que compagine con la naturaleza de un determinado monopolio, más no de una ley de especial jerarquía. Así, nada en la Carta se opone a que la ley utilice en este campo un esquema similar al señalado en la Carta en materia de regalías (CP arts 360 y 361), y confiera entonces a las entidades territoriales un derecho exclusivo a beneficiarse de ciertas rentas provenientes de monopolios rentísticos, pero conforme a las orientaciones establecidas por la propia ley o por otras autoridades nacionales.”

La precisión anterior implica que el caso consultado debe analizarse bajo la consideración de que la ley 643 de 2001, prima sobre el resto de la normatividad existente sobre la materia, como lo dispone expresamente el artículo 60 antes citado, sin perjuicio de que en materia contractual se aplique la Ley 80 de 1993, por remisión expresa del artículo 7 ibídem, según se revisa enseguida.

II. Duración de los contratos de concesión de juegos de suerte y azar.

⁴ Sobre el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar ver los siguientes conceptos: No. 1299 de 2000, sobre el contrato para la explotación del Loto en Línea – Baloto y la remuneración del contratista; No. 1686 de 2000, sobre transferencia, distribución y destinación de los recursos del Baloto; y No. 1945 del 21 de mayo de 2009, el cual hace *“un recuento histórico de la normatividad constitucional y legal sobre las loterías y las funciones estatales referidas a la asistencia pública, la beneficencia y la salud, para las cuales se ha destinado el producto de su explotación”*.

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo anterior, la Ley 643 de 2001 reguló de manera específica el régimen aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a esa ley, según pasa a revisarse.

En el artículo 1º de dicha ley se definió el régimen propio del monopolio de los juegos de suerte y azar, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. DEFINICION. *El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar,⁵ y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación.”*

Más adelante, en lo que tiene que ver con la duración de los contratos de concesión de juegos de suerte y azar, el artículo 7º de la ley 643 dispuso:

“ARTICULO 7o. OPERACION MEDIANTE TERCEROS. *La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas⁶, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso.*

La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

El término establecido en los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años.⁷

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

⁶ Expresión “Jurídicas”, declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-031 de 2003.

⁷ Subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1191 de 2001, por los cargos planteados en la demanda relacionados con la posible vulneración a la autonomía de las entidades territoriales: “Por todo lo anterior, la Corte considera que no es de recibo el argumento del demandante, según el cual la ley no podía establecer condicionamientos contractuales ni procedimientos específicos, sino simplemente garantizar la estabilidad macroeconómica y la destinación específica de las rentas al sector salud, pues de lo contrario vulneraría la autonomía territorial. En efecto, como ya se precisó en esta sentencia, las entidades territoriales tienen derecho a disfrutar las rentas obtenidas por la explotación de los monopolios de suerte y azar, pero esas entidades tienen que ajustarse a los lineamientos del legislador por cuanto estableció el régimen propio de los monopolios y, en particular, deberán destinarlas a los servicios de salud de conformidad con las orientaciones establecidas en la ley. Pues bien, aún cuando la ley establece algunas restricciones, que en principio parecerían limitar la autonomía, lo cierto es que éstas tan solo constituyen parámetros generales que aseguran la utilización efectiva de los recursos, pero dejan en manos de las entidades la posibilidad de acudir a diferentes esquemas de contratación, que armonizan con el resto del ordenamiento, especialmente con la ley 80 de 1993. De cualquier manera, cuando la ley refiere que deberá contratarse directamente con ciertas entidades, no significa que puedan excluirse los principios de transparencia, economía y selección objetiva, ni desatenderse los principios orientadores de la función administrativa (CP art. 209).”

La concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante. (...)

Como se observa, los contratos de concesión quedan sometidos a dos reglas esenciales: (i) el plazo no puede ser inferior de tres años ni superior de cinco; y (ii) la selección de los concesionarios y demás aspectos de la contratación se regirá por la ley 80 de 1993.

Ahora bien, en relación con el plazo de los contratos de concesión suscritos antes de la Ley 643 de 2001, el artículo 60, objeto de consulta, además de reiterar que dicha ley codifica general e integralmente la actividad monopolística y tiene prevalencia sobre las demás leyes⁸, señaló:

“ARTICULO 60. EXCLUSIVIDAD Y PREVALENCIA DEL REGIMEN PROPIO. *Las disposiciones del régimen propio que contiene esta ley regulan general e integralmente la actividad monopolística y tienen prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes, sin perjuicio de la aplicación del régimen tributado vigente.*

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

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

Como se recuerda, el Código Civil define plazo como “la época que se fija para el cumplimiento de la obligación” (art.1551)⁹. La alocución “inicial” del artículo corresponde a lo “*Perteneciente o relativo al origen o principio de las cosas*”¹⁰; Por tanto, el significado tanto usual como lógico y legal de los términos, indica que el artículo 60 de la Ley 643 de 2001, se refiere al término *primeramente* fijado para la ejecución del contrato y que, por tanto, no incluye las eventuales “*prorrogas*”¹¹ del mismo.

⁸ En la ponencia para segundo debate del proyecto de ley No. 214 de 2000 del Senado se contemplaban expresamente las siguientes normas derogadas:

“Artículo 61. Vigencia y derogatorias. *La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 64 de 1923; artículo 1° de la Ley 41 de 1933; artículos 1° y 2° de la Ley 133 de 1936; artículo 1° de la Ley 142 de 1959; artículo 12 de la Ley 69 de 1946; artículo 5° de la Ley 1ª de 1961; artículo 3° literal c) de la Ley 33 de 1968; artículo 1° de la Ley 24 de 1969; artículos 1° y 2° de la Ley 12 de 1973; Ley 1ª de 1982; artículo 73 de la Ley 49 de 1990; Decreto Legislativo 386 de 1983; artículos 163, 164, 165, 169, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, y 204 del Decreto-ley 1222 de 1986; artículos 225, 227, 228 y 229 del Decreto 1333 de 1986; artículos 8° y 9° de la Ley 53 de 1990; artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990 y artículo 285 de la Ley 100 de 1993.”*

⁹ Concordante con la definición que trate el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “*término o tiempo señalado para algo*”. La doctrina señala que las dos características esenciales del plazo son su ocurrencia futura y su certeza, lo que no es propio de las prórrogas, en tanto que, como se revisa más adelante, estas no son un hecho cierto que necesariamente deba ocurrir sino una posibilidad contractual *condicionada* a una declaración futura de las partes. (Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones, Segunda Edición, Colección Profesores, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1991, p. 59)

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

¹¹ Según el Diccionario de la Real Academia, prórroga significa “*Continuación de algo por un tiempo determinado. // Plazo por el cual se continúa o prorroga algo.*”.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha recordado que las prórrogas constituyen una declaración de voluntad diferente a la expresada en el contrato inicial.

De esta forma, el artículo 60 en cita, describe claramente las reglas específicas aplicables a los contratos celebrados antes de su vigencia, a saber: (i) que podrán mantener el plazo “inicialmente pactado”, esto es que no es necesario ajustarlos a los nuevos plazos del artículo 7º; y que (ii) una vez finalizado ese plazo de ejecución, deberán seleccionarse nuevos operadores, lo que supone entonces su terminación.

Así, es claro que la ley 643 de 2001 permite que los contratos suscritos con anterioridad a ella se continúen ejecutando hasta el vencimiento del “plazo inicialmente contratado”, incluso si éste es distinto a los nuevos plazos previstos en el artículo 7 de la misma ley; pero es evidente también, que a su vencimiento deberán terminarse (sin posibilidad de prorrogarse) para permitir la selección de nuevos operadores conforme al artículo 22 de la misma ley¹², cuyos contratos ya quedarán sujetos en todo a la Ley 643 de 2001.

La Sala ya se había pronunciado expresamente en este sentido en el concepto radicación No. 1425 del 23 de octubre de 2002, en el que señaló:

“Prórroga de los contratos celebrados y renovación de las autorizaciones concedidas con anterioridad a la expedición de la ley 643 - preguntas 3.7 y 3.8 -. El artículo 60 dispone :

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

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

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

La parte inicial del primer inciso transcrito debe entenderse referida a todos los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley 643 los cuales, atendiendo las normas generales de la contratación y en especial el artículo 78 de la ley 80, “continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación”, sin que haya lugar a modificar el plazo inicialmente pactado. La segunda parte del inciso dispone que vencido

¹² **“ARTICULO 22. EXPLOTACION DEL JUEGO DE LAS APUESTAS PERMANENTES O CHANCE.** Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley. Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años. Los operadores privados de esta modalidad de juego deberán tener un patrimonio técnico mínimo, otorgar las garantías y cumplir los demás requisitos que para tal efecto les señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional.

PARAGRAFO. Para los efectos de la presente ley los ingresos provenientes de juegos de apuestas permanentes de Bogotá y Cundinamarca continuarán distribuyéndose en un setenta por ciento (70%) para el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca, descontados los gastos administrativos de la explotación.”

el plazo, deberá adelantarse el proceso de selección del nuevo operador mediante licitación, por tratarse de la operación del chance regulado en el artículo 22, que establece expresamente tal trámite. El mismo procedimiento habrá de seguirse en el caso de los juegos localizados autorizados sin modificación del plazo inicialmente contratado.

El artículo 60 de la ley 643, de manera expresa, dispone que una vez finalizado el plazo de ejecución, que corresponde al inicialmente pactado, debe procederse a seleccionar un nuevo operador atendiendo las disposiciones pertinentes - arts. 22 y 33 -, lo cual permite concluir que la ley de régimen propio proscribió la posibilidad de prorrogar los contratos en mención.

En efecto, la nueva ley es de aplicación inmediata y aunque dejó incólume el plazo inicial contratado, estableció unas condiciones especiales, entre ellas la de seleccionar un nuevo operador al vencimiento del plazo de ejecución. Así, la ley 643 alteró los contratos en ejecución en forma inmediata y hacia el futuro, razón por la cual, vencido el plazo, el efecto de su normatividad es que se aplica la nueva ley y no la anterior - la vigente al momento de su celebración -. De este modo, la exigencia de la ley 643 de seleccionar un nuevo operador vencido el plazo contratado implica, de manera implícita, la prohibición de prorrogar los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia.

Si bien la cláusula de prórroga fue lícita conforme a la ley de celebración del contrato, posteriormente la nueva ley - la 643 - que es de orden público y de aplicación inmediata - le quitó todo efecto, sin que pueda afirmarse que por tal circunstancia sea retroactiva, pues tal estipulación está sujeta a la ley vigente al momento del vencimiento del plazo.

Además, la prórroga no es de carácter automático y usualmente la fórmula reza que el contrato “podrá ser prorrogado antes de su vencimiento”, pero aún ella fuera expresa, de llevarse a efecto implicaría la ampliación del término de duración, con manifiesto quebranto del mandato del artículo 60. Tal la razón por la cual la administración, generalmente, se precave en la redacción de esta clase de estipulaciones y al efecto se reserva la facultad discrecional de prorrogar o no el contrato, para hacerlo si las circunstancias lo ameritan, empleando criterios de racionalidad, que determinarán o no la conveniencia de la extensión del plazo inicial.

(...)

Del artículo 60 de la ley 643 puede extraerse el principio general de la renovación inmediata de los operadores, que revela la intención del legislador de dar por terminados los plazos en curso, con el fin de garantizar el ajuste de toda la operación de los juegos a la nueva normatividad. Tal principio es aplicable, no sólo a los contratistas sino también a quienes operaban los juegos mediante la modalidad de autorización pues, conforme al espíritu de la ley, las entidades titulares del monopolio deben proveer lo necesario para cumplir tal finalidad legal y, por contera, evitar la prórroga indefinida de las autorizaciones otorgadas mediante acto administrativo con anterioridad a la expedición de la ley de régimen propio aún sí, como se afirma en la consulta, el acto de autorización pudiera prever la prórroga automática.”

En este orden de ideas, se concluye que los contratos pactados con anterioridad a la ley 643, no pueden ser prorrogados y en consecuencia al vencimiento de su plazo inicial deberán terminarse para iniciar nuevos procesos de selección de concesionarios.

A ese respecto, cabe recordar que la Corte Constitucional ya se ha referido a la posibilidad de que el legislador prohíba la prórroga de los contratos estatales en curso, en la medida que no constituye un derecho adquirido sino una simple expectativa o posibilidad:

“Quiere decir lo anterior, que en el momento en el que el legislador expidió la norma impugnada, “el derecho” a la prórroga no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del concesionario, que como tal estuviera protegido por el artículo 58 superior. Apenas existía una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por parte del legislador, el cual decidió prohibir las prórrogas, con el objeto de propiciar una mayor democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y de garantizar la igualdad de oportunidades para todos aquellos que aspiraran a utilizarlo, para fundar medios masivos de comunicación, decisión que afectó a los contratos vigentes a la fecha de expedición de la norma atacada y a aquellos que se celebren con posterioridad.”¹³

III. La prohibición de pactar prórrogas automáticas en los contratos estatales.

La conclusión expuesta en el numeral anterior, queda ratificada si se revisa la naturaleza y efectos que tienen las prórrogas en los contratos estatales, especialmente en cuanto a la imposibilidad de pactar prórrogas automáticas que obliguen a su concesión y que impidan a la Administración evaluar en cada caso su conveniencia y oportunidad.

El Decreto Ley 222 de 1983 consagraba en el artículo 58 la prohibición de prórrogas automáticas en cualquier tipo de contrato. Señalaba la norma:

“En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”.

Con la expedición de la ley 80 de 1993, se derogó tal disposición. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que a partir de los principios aplicables a la contratación, tales cláusulas no pueden pactarse, salvo estipulación legal en contrario, puesto que con ellas se pueden vulnerar postulados

¹³ Sentencia C-350 de 1997. El caso analizado por la Corte Constitucional era similar al que ahora se analiza, pues estaba previsto que los contratos de televisión se prorrogarían si el concesionario había cumplido sus obligaciones en un porcentaje determinado. La Corte Constitucional consideró que mientras esa condición no se cumpliera, constituía una simple eventualidad que el legislador podía regular. Además señaló que la prórroga que se sujeta a la simple verificación del cumplimiento del contrato por parte del contratista, se vuelve indefinida y automática, pues el deber connatural y básico de todo contratista es cumplir con lo pactado. También el Consejo de Estado ha señalado que respecto de los contratos de concesión se abre la posibilidad de que “una ley o reglamento posterior pueda modificar, los derechos, obligaciones y prerrogativas del contratista siempre y cuando medien motivos de interés público o de utilidad común (artículos 150 y 365 de la Constitución Política) (Sentencia del 18 de septiembre de 1997, M.P. Ricardo Hoyos Duque).

constitucionales, como la transparencia y el derecho de todos los ciudadanos a poder contratar en condiciones de igualdad con el Estado.

Así por ejemplo, la Ley 1150 de 2007, hacen referencia a las prórrogas en los contratos de telecomunicaciones, televisión y obra pública, pero reiterando la prohibición de pactarlas de manera automática:

“ARTICULO 27. DE LA PRORROGA DE LOS CONTRATOS DE CONCESION PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISION. *El término de duración de las concesiones actuales y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas.*

ARTICULO 28. DE LA PRORROGA O ADICION DE CONCESIONES DE OBRA PUBLICA. *En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.*

Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes–.

No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.”

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la inviabilidad de pactar una cláusula de prórroga automática en el contrato estatal. La Sección Tercera de esta Corporación señaló en sentencia del 4 de diciembre de 2006, lo siguiente:

“Oportuno resulta señalar que la mencionada prohibición legal, encaminada a evitar que las partes de los contratos de derecho público pudieran convenir estipulaciones para evitar que sus contratos terminen y lograr así perpetuarlos en el tiempo, encuentra claro y evidente fundamento tanto en el principio democrático de libre concurrencia, como en los principios generales de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia, entre otros, con arreglo a los cuales debe adelantarse toda actuación de índole contractual, en virtud de los cuales se debe permitir y garantizar, a toda persona que cumpla los requisitos establecidos para el efecto en las normas vigentes, la posibilidad cierta, efectiva y real de poder presentar sus ofertas ante las entidades públicas por manera que, en cuanto dichas propuestas consulten adecuadamente el interés general que esas entidades están en el deber de satisfacer y objetivamente sean las más favorables, también podrán acceder a la contratación correspondiente.

Salvo aquellos casos que expresamente autoricen las normas legales, hay lugar a destacar que por regla general la Administración no cuenta con facultad constitucional o legal alguna que le permita inventar, establecer o poner en práctica, en modo alguno, preferencias o ventajas a favor de unos determinados contratistas y en perjuicio de otros interesados o menos aun

que mediante prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad pueda generar una especie de monopolio de hecho a favor de determinados particulares, generando con ello limitaciones en contra de los demás, puesto que por esa vía sólo conseguiría limitar, de manera indebida, los mencionados principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia, para que entonces sólo un reducido grupo de privilegiados tuviere la posibilidad de acceder a la contratación de determinadas entidades estatales, olvidando que en tales contrataciones se comprometen intereses y dineros de naturaleza pública.

La Sala considera propicia la oportunidad para puntualizar que los aludidos principios generales de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia, con arreglo a los cuales, entre otros, deben adelantarse y cumplirse todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales –algunos de los cuales, incluso, se encuentran consignados positivamente en normas constitucionales o legales vigentes (artículos 1, 2, 13, 209 C.P. – 24 y 25 Ley 80)-, son principios que corresponden al diseño de democracia participativa (artículo 2, C.P.), que la Carta Política adoptó para nuestro Estado Social y de Derecho (artículo 1 C.P.), por lo cual mantienen vigencia en la actualidad.

Así pues, aunque ya hubiere sido derogado el referido artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983, del contenido y alcance de los principios generales se desprende que, sin perjuicio de las particularidades que resulten del examen de cada caso concreto así como de la normatividad que debe aplicarse a cada asunto, por regla general en los contratos estatales sólo pueden estipularse válidamente prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad a favor de los particulares de manera excepcional, cuando para ello se cuente con expresa autorización legal, puesto que de lo contrario tales estipulaciones podrían resultar violatorias de la Constitución y de los principios que de ella emanan, así como también podrían resultar contrarias a los principios y finalidades de la Ley 80 y a los de la buena administración, todos los cuales constituyen límites expresamente señalados en el artículo 40 de la Ley 80, norma que se ocupa de regular el contenido de las cláusulas o estipulaciones que pueden incluirse en los contratos estatales.

Retomando la prohibición legal expresamente consagrada en el parcialmente transcrito artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983, cabe agregar que en cuanto la misma guarda relación directa con una de las modalidades de terminación de los contratos –la del vencimiento del plazo de duración-, para la Sala no existe duda de que la misma se aplica también a los contratos que, como el que aquí se examina, hubieren sido celebrados por los municipios, de conformidad con lo que al respecto dispuso el también transcrito inciso final del artículo 1 del Decreto-ley 222 de 1983.”

De lo expuesto se puede concluir que las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. También, que las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras.

En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración

conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello.

Respecto del caso consultado, la cláusula segunda del contrato señalaba inicialmente lo siguiente:

“CLAUSULA SEGUNDA. DURACION. *El presente contrato tendrá plena validez desde la suscripción del mismo y tendrá una duración de diez (10) años, contados a partir de la puesta en marcha de la operación del juego denominado LOTO EN LINEA. No obstante, dicho término de duración del presente contrato será prorrogado hasta por otros cinco años, siempre y cuando exista concepto favorable del **INTERVENTOR** designado por **ECOSALUD S.A.**, acerca del cumplimiento sustancial de las obligaciones principales adquiridas por **EL CONTRATISTA** en virtud del presente contrato, prórroga que se notificará por escrito con una antelación a su vencimiento no inferior a noventa (90) días calendario, siempre y cuando **EL CONTRATISTA** haya manifestado su interés por escrito de prorrogarlo con el mismo tiempo de antelación.”*

El 28 de diciembre de 2000, justo antes de la expedición de la Ley 643 de 2001, se firmó el **otrosí No. 1**, el cual modificó la cláusula segunda mencionada, así:

“CLAUSULA SEGUNDA. DURACION. *La duración de este contrato es de diez (10) años contados desde la iniciación del juego denominado LOTO EN LINEA. Este término, con sujeción al ordenamiento jurídico, será prorrogado hasta por otros cinco (5) años, previo concepto favorable del **INTERVENTOR** designado por **ECOSALUD** respecto de las obligaciones contractuales adquiridas por el **CONTRATISTA** en virtud del presente Contrato. **EL CONTRATISTA** notificará a **ECOSALUD** su interés de prorrogar el Contrato con una antelación no inferior a noventa (90) días calendario de la fecha de vencimiento.”*

El cambio introducido consistió en que: (i) se manifestó que la prórroga se daría con sujeción al ordenamiento jurídico (lo que ratifica que si éste no la permite no podrá suscribirse); (ii) se eliminó la notificación por parte de la entidad al contratista de que el contrato se entendía prorrogado; y (iii) se conservó la manifestación de interés por parte del contratista con una antelación no inferior a los noventa días calendario al vencimiento del contrato y el concepto favorable del interventor.

Como se acaba de señalar, esta cláusula tanto en su versión original como en el texto modificado, no puede interpretarse como un pacto de prórroga automática, por cuanto no habría estado ajustada a derecho; su entendimiento conforme a la ley, refleja la posibilidad abierta por ambas partes de prorrogar el contrato previas unas condiciones, pero conservando en todo caso cualquiera de ellas y con mayor razón la Administración, la posibilidad de analizar su viabilidad al momento en que se venciera el plazo inicial.

Ahora, el considerando 4 del **Otro sí No. 2** suscrito el 24 de enero de 2001, debe entenderse, de acuerdo con la ley, en el sentido de que solamente podía respetarse el plazo pactado inicialmente, pues para ese momento las partes ya conocían que la prórroga no iba a ser posible. Así las cosas, el único efecto

jurídico que puede tener el Otrosí No. 2 sobre este punto, es el de reconocer que el plazo inicial y definitivo del contrato es de 10 años contados a partir de la fecha de la iniciación de la operación del juego, sin derecho a prórroga.

Además, cabe llamar la atención de que se trata solamente de un *considerando* del otrosí 2, pues en la parte resolutive de éste no se hizo ningún pacto contractual en relación con el plazo o la prórroga del contrato¹⁴; por tanto, de dicho otrosí no surgieron nuevos derechos para el contratista en esos aspectos.

Sin duda habría sido más acertado que las partes hubieran ajustado la Cláusula Segunda del contrato para señalar que conforme a la Ley 643 de 2001 no se daría la prórroga, pero es claro que esa omisión no tiene como efecto levantar la restricción legal, ni tampoco hacer nacer derechos para el contratista que la ley no permite adquirir.

En otras palabras, según se señaló en el capítulo anterior de este concepto, con la entrada en vigencia de la ley 643 de 2001, las cláusulas de prórroga pactadas con anterioridad a ella no se pueden hacer efectivas.

LA SALA RESPONDE:

1. ¿Cuál es el alcance del artículo 60 de la Ley 643 de 2001, y en especial de su segundo inciso, respecto de los contratos que se celebraron con anterioridad a su expedición, por parte de ECOSALUD, y que aún se encuentran vigentes y en ejecución?

Conforme al artículo 60 de la Ley 643 de 2001, los contratos suscritos con anterioridad a ella deberán terminarse al vencimiento del plazo inicialmente pactado. Dichos contratos no podrán prorrogarse.

2. De acuerdo a la respuesta dada a la anterior pregunta, ¿es posible hacer efectiva la prórroga pactada en la cláusula segunda del contrato de concesión 117 de 1999 –modificada por OTROSI No. 1-, cumplidas las condiciones señaladas en el contrato para su otorgamiento?

No. En virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 643 de 2001, ECOSALUD no puede prorrogar del contrato de concesión C-117 de 1999.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Consejero

GUILLERMO CHAIN LIZCANO
Conjuez

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA
Con impedimento aceptado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala

¹⁴ Sólo se modificaron las cláusulas 4 (aspectos económicos) y 18 (domicilio contractual).