

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.
contra
BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA

Medellín, abril tres (3) de dos mil diecisiete (2017).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral al que comparecen la sociedad Réditos Empresariales S.A. y la Beneficencia de Antioquia, empresa industrial y comercial del estado del orden departamental.

CAPITULO PRIMERO - ANTECEDENTES

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.

La sociedad **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.** invocó una acción contractual de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** la que se adelantó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. Surtidas las correspondientes etapas procesales, con fecha del 29 de marzo de 2012 este profiere la sentencia respectiva habiendo declarado la nulidad de los actos administrativos impugnados y condenando a la demandada a restituir las sumas de dinero que esta había recibido de la demandante en razón de la multa impuesta.

Inconforme con la decisión, **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia y al desatar la alzada el Consejo de Estado advirtió que las partes contractuales habían estipulado cláusula compromisoria para resolver por vía arbitral los conflictos que se presentaran en desarrollo del referido contrato, habiendo decretado la nulidad del proceso por falta de jurisdicción y competencia, advirtiendo expresamente los efectos que esta declaración producía en relación a la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad, otorgando un plazo de veinte días contados a partir de la providencia anulatoria para que el demandante convocara el respectivo tribunal de arbitramento, como en efecto lo hizo la entidad convocante.

2. EL ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

La diferencia sometida a conocimiento y decisión de este Tribunal se deriva de la solicitud que hace la sociedad Réditos Empresariales S.A. para obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución 000081 de 31 de mayo de 2007, mediante la cual Beneficencia de Antioquia impuso una multa por valor de doscientos noventa y seis millones de pesos (\$296.000.000) en razón del supuesto incumplimiento del contrato de concesión del juego apuestas permanentes y el consecuente reintegro de dicha suma de dinero, debidamente indexada, que fue cancelada por la sociedad concesionaria a la entidad concedente.

3. EL PACTO ARBITRAL

A folios 21 a 32 del cuaderno obra copia del “CONTRATO DE CONCESIÓN No 037 PARA LA EXPLOTACIÓN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA” y en la cláusula vigesimosexta (folio 31) se encuentra contenida la cláusula compromisoria cuyo tenor es el siguiente:

“VIGESIMOSEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: *Las partes acuerdan que para la solución de las diferencias y discrepancias que surjan de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de este contrato, acudirán a los procedimientos de transacción, amigable composición o conciliación establecidos por la Ley. En caso de que dichos mecanismos no sean efectivos, las diferencias, conflictos o controversias relativas a este contrato, serán sometidos a la decisión de tres (3) árbitros Colombianos, designados por la Cámara de Comercio de Medellín, quienes fallarán siempre en derecho y siguiendo las normas del centro de arbitraje de dicha cámara. El tribunal funcionará en Medellín, en las instalaciones del centro de arbitraje”*

4. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

4.1 La convocatoria del Tribunal Arbitral: El 25 de abril de 2016 la sociedad Réditos Empresariales S.A. presentó a través de apoderado judicial solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral para resolver la diferencia surgida con Beneficencia de Antioquia, empresa industrial y comercial del estado del orden departamental para obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución 000081 de 31 de mayo de 2007 mediante la cual esta última entidad le impuso una multa por valor de doscientos noventa y seis millones de pesos (\$296.000.000) por el supuesto incumplimiento del contrato de concesión del juego apuestas permanentes, y el reintegro de dicha

suma de dinero que fue cancelada por la sociedad concesionaria a la entidad concedente.

4.2 Designación del Árbitro: Fueron designados el pasado 13 de mayo de 2016 por la unidad de arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín los abogados Beatriz Elena Estrada Tobón, Fernando Ossa Arbeláez y María Cristina Gómez Isaza, como árbitros principales, y como suplentes los abogados Carlos Eduardo Naranjo Flórez y Javier Tamayo Jaramillo; en razón de que ni la doctora Gómez Isaza ni los doctores Naranjo Flórez y Tamayo Jaramillo aceptaron el encargo, fue designado como tercer árbitro el abogado Juan Fernando Betancur González. Los árbitros designados aceptaron el nombramiento.

4.3 Instalación y admisión de la demanda: El Tribunal de Arbitramento se instaló el 15 de julio de 2016 en sesión realizada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, designando como Secretario al abogado Juan Guillermo Rivera García, admitiendo la demanda y ordenando correr traslado de ella a la parte convocada, habiéndose surtido la respectiva notificación por intermedio de la apoderada judicial a la parte convocada e informándosele al Ministerio Público la existencia del proceso.

4.4 Contestación de la demanda: La apoderada de la parte convocada dio respuesta a la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas (folios 1 a 292). Oportunamente se corrió traslado de ellas y se cumplió luego con la correspondiente audiencia de conciliación, no habiéndose alcanzado acuerdo alguno entre las partes, razón por la cual el Tribunal procedió a fijar los gastos y honorarios del presente proceso que fueron cancelados en su totalidad por las partes en la forma prevenida por la ley.

4.5 Primera audiencia de trámite: Esta se realizó el día 27 de octubre de 2016; en desarrollo de la misma el Tribunal se declaró competente para conocer del conflicto y decretó las pruebas solicitadas por las partes (folios 202 a 205).

4.6 Instrucción del proceso. Con el valor que la ley les confiere, el Tribunal Arbitral les dio valor legal a los documentos aportados por las partes y decretó de manera oficiosa incorporar al expediente como medio probatorio el expediente que el Consejo de Estado envió a la Cámara de Comercio cuando esa Corporación, fungiendo como juez de segunda instancia, decretó la nulidad del proceso tal como quedó advertido.

Practicadas las pruebas se fijó fecha para la respectiva audiencia de alegatos de conclusión. (Folio 439).

4.7 Alegatos de conclusión: En audiencia celebrada el pasado 5 de diciembre de 2016, el Tribunal Arbitral escuchó a los apoderados de las partes y al señor Agente del Ministerio Público, quienes expusieron verbalmente sus alegatos de conclusión y presentaron resumen de ellos en escritos que se arrimaron al proceso. (Folios 211 a 239).

5. EL TERMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Conforme lo dispone la ley, el término de duración de este proceso es de seis meses contados a partir de la fecha en la que se celebró la primera audiencia de trámite, la que se realizó el pasado 27 de octubre de 2016 (folios 202 a 206) y sin que se haya producido suspensión alguna del proceso, razón por la cual el término se extiende hasta el día 27 de abril de 2017; por lo tanto, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

6. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LAS NULIDADES SUSTANCIALES

Observa esta Corporación que se han cumplido todos los requisitos necesarios para la validez del proceso arbitral, que las actuaciones procesales se surtieron con la observancia de las disposiciones legales y que no se advierte causal alguna de nulidad. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

6.1 Demanda en forma: La demanda llenó los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso

6.2 Competencia: Conforme al auto proferido el pasado 27 de octubre de 2016 en desarrollo de la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes referidas, sin que hubiese habido reparo alguno. (folios 202 a 206).

6.3 Capacidad: Las partes son sujetos capaces para comparecer al proceso y para transigir, toda vez que de la documentación probatoria objeto de estudio no se desprende restricción alguna; las diferencias surgidas entre ellas y sometidas a consideración del Tribunal son de carácter disponible.

7. LAS PARTES PROCESALES

7.1 Demandante: RÉDITOS EMPRESARIALES S.A., cuya sigla es Grupo Réditos, sociedad domiciliada en el municipio de Medellín de conformidad con el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio (folios 14 a 20), siendo su representante legal el señor José Fernando Gómez Cataño, quien en representación de ella instauró la correspondiente demanda.

7.2 Demandada: BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA, empresa industrial y comercial del estado del orden departamental, representada legalmente por la señora Ofelia Elcy Velásquez Hernández

7.3 Apoderados judiciales: Las partes comparecieron al proceso representadas por abogados legitimados para actuar

8. LA DEMANDA

8.1 Las pretensiones

La parte convocante en el escrito de demanda fijó sus pretensiones así:

" (...)

Primero: Que se declare la nulidad de la resolución No 000081 del 31 de mayo de 2007, "POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA DE APUESTAS PERMANENTES" a través de la cual se declara que "El concesionario Grupo Antioqueño de Apuestas S.A., también denominado GANA S.A. dentro del contrato de concesión del juego de Apuestas Permanentes No 037 de 2006, ha incurrido en incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales", la anterior sanción impone la suma de doscientos noventa y seis millones de pesos M/L (\$296.000.000), notificada personalmente al contratista el 13 de junio de 2007.

Segundo: Que se declare la nulidad de la resolución No 000127 del 14 de agosto de 2007 "Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la sociedad gana s.a., contra la resolución 00081 del 31 de mayo de 2007, por medio de la cual se decide una investigación administrativa de apuestas permanentes" y a través de la cual no se repone la resolución sancionatoria 081, notificada personalmente con fecha del 27 de agosto de 2007.

Tercero: Que se ordene a la Beneficencia de Antioquia, la restitución en favor de la sociedad **Réditos Empresariales S.A.**,

antes Grupo Antioqueño de Apuestas S.A., las sumas que haya recibido por concepto de pago de la multa impuesta.

Cuarto: Que se realice la correspondiente actualización de las sumas a restituir
“(…)”.

8.2 Los elementos fácticos

Las pretensiones se fundan en los hechos que se relacionan en la demanda y que se concretan así:

“(…)”

La sociedad **Réditos Empresariales S.A.**, denominada antes **Grupo Antioqueño de Apuestas S.A.**, suscribió con la **Beneficencia de Antioquia** contrato de concesión No 037 de mayo de 2006, el cual contempla por objeto **“La explotación de juego de apuesta permanentes o chance en el departamento de Antioquia”**. Mencionado contrato conto con un término de duración de cinco (5) años, comprendidos entre el 01 de junio de 2006 y el 31 de mayo de 2011.

Durante la vigencia del mencionado contrato y por medio de resolución 081 de mayo 31 de 2007, la **Beneficencia de Antioquia** se sirve notificar a **Grupo Antioqueño de Apuestas S.A.** ahora denominada **Réditos empresariales S.A.**, la imposición de una multa por valor de doscientos noventa y seis millones de pesos (\$296.000.000) como consecuencia de una investigación de apuestas permanentes”.

Ante dicha Resolución, la concesionaria interpuso recurso de reposición que fue resuelto de manera negativa en similares términos que el acto atacado, mediante Resolución No 127 con fecha del 14 agosto de 2007.

Aun estando en desacuerdo con la anterior decisión pero con el fin de dar cumplimiento a lo mandado, la concesionaria **Grupo Antioqueño de Apuestas S.A.** ahora denominada **Réditos Empresariales S.A.**, quien para la fecha giraba bajo la sigla **GANAS.A.**, con fecha del 14 de marzo de 2008 procede a suscribir ante el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de la Secretaria de Hacienda de la Gobernación de Antioquia, un compromiso de pago por la suma de doscientos noventa y seis millones de pesos (\$296.000.000)”. Este valor fue cancelado en su totalidad.

La sociedad convocante afirma que **“La cláusula décimo cuarta del contrato establece:**

“CLAUSULA DECIMOCUARTA: MULTAS Y PROCEDIMIENTO.

La BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA, dado el incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO y como acto independiente de la cláusula penal y de los intereses de mora, aplicara multas hasta del 1 por mil (1 x 1.000) del valor total del contrato. En caso de faltas permanentes o reiteradas, las multas podrán ser impuestas de manera sucesiva hasta que cese el incumplimiento, sin exceder el equivalente al 10% del valor total del contrato, se aplicaran a través de resolución motivada, previo requerimiento al CONCESIONARIO en cumplimiento de un procedimiento breve y sumario, para garantizar el derecho de defensa del concesionario. Estas multas se aplicaran cuando se presente incumplimiento en las condiciones generales, especiales, prohibiciones y obligaciones de EL CONCESIONARIO, para el desarrollo de la concesión, establecidas en el pliego de condiciones, el presente contrato y en las leyes, así como el incumplimiento de cualquiera de las condiciones y obligaciones propias de la naturaleza del mismo contrato celebrado, aun cuando no se haya especificado en el pliego o el contrato. Esto sin perjuicio de la declaratoria de caducidad y de la exigibilidad de la cláusula penal. La tasación de la multa se realizara en función de la gravedad de la falta. Se consideran graves, entre otras, las siguientes conductas:

1. La utilización de terminales que no estén dirigiendo las apuestas al data center seleccionado por la BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA.
2. La utilización de formularios de chance no suministrados por la entidad.
3. Operar con terminales que no se encuentren registradas ante la BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA.
4. No mantener vigentes las garantías en las condiciones de plazo y cuantía previstas en el contrato.
5. Ofrecer incentivos superiores a los autorizados por la BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA.
6. Cursar el juego de apuestas permanentes o chance en tiquetes diferentes a los suministrados por la BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA sin la debida autorización.
7. No cumplir con las políticas de enrutamiento de la información definidas por la BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA”.

La sociedad ahora convocante cuestionó, durante el proceso de licitación, la competencia que tiene la entidad CONCEDENTE para declarar directamente el incumplimiento del contrato y para imponer este tipo de sanción. Dijo: “No es competente la administración para declarar directamente el incumplimiento (...) ni para hacer efectivas directamente las sumas correspondientes a la cláusula penal y a las multas. Tampoco es potestativo de los contratantes pactar esa competencia. De esta acotación previa a la suscripción del contrato, la entidad no dio respuesta.

La primera objeción a la legalidad de la sanción gira en torno a la competencia de la **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** para declarar por sí y ante sí el incumplimiento del contratista y para aplicar la multa. En efecto: el régimen de contratación de las entidades del Estado pertenece a la reserva de la ley, conforme al artículo 150 inciso final de la C.P. En esta dirección, la ley 80 de 1993 determinó cuáles eran las cláusulas excepcionales al derecho común que obligatoriamente deben incluirse en determinados contratos estatales, o que se presumen incluidas en caso de no pactarlas, y respecto de tales cláusulas la administración pública tiene atribución para aplicarlas unilateralmente. Dentro de las mencionadas cláusulas no están incluidas la de multa y la penal pecuniaria. No quiere decir que las partes no puedan pactarlas, pero lo que no pueden es determinar la competencia para aplicarlas, atribución esta exclusiva de la ley y de la Constitución.

Como quedó anotado atrás, la sociedad **Réditos Empresariales S.A.** interpuso acción contractual de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del ente concedente, **Beneficencia de Antioquia**. El Tribunal de primera instancia, en sentencia de 29 de marzo de 2012 dictó sentencia en la que acogió las súplicas de la demanda y decretó la nulidad y el restablecimiento del derecho como fue solicitado.

El Consejo de Estado, señala en la sentencia del 14 de marzo de 2016:

“La configuración de dos causales de nulidad procesal insanables, como son la falta de jurisdicción y de competencia funcional, contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 1410 del código de procedimiento civil, en atención a la existencia de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión No 037 de mayo de 2006, es aplicable a las diferencias por razón de imposición de multas por parte de la entidad contratante, asunto materia de la controversia”

Así mismo en el acápite de la ya mencionada sentencia denominado “CONSIDERACIONES” la consejera ponente se sirve indicar “el Despacho considera imperativo examinar la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión No 037, suscrito en mayo de 2006, en contexto con las controversias que se plantean en la demanda habida

cuenta que de existir un acuerdo que obligue a las partes a someter el respectivo litigio a la justicia arbitral no procede seguir conociendo de la Litis y, por el contrario se advierte que bajo tal supuesto debe anularse la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que la competente para conocer de las diferencias es la justicia arbitral".

Por lo anterior y una vez analizada la correspondiente demanda en concordancia con los anexos y normas procesales que regulan la materia se advierte la declaración de la Nulidad de Todo lo Actuado por Falta de Jurisdicción y de Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer el asunto, ante la existencia de clausula compromisoria celebrada entre las partes del contrato estatal alrededor del cual giran las controversias planteadas en la demanda.

La convocante, en su demanda arbitral, solicita a este tribunal realizar el estudio pertinente del proceso y consecencialmente acoger las siguientes

PRETENSIONES

(...)"

9. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCADA

En la contestación de la demanda formuló las siguientes excepciones de mérito:

" (...)

1. Prescripción
2. Caducidad de la acción
3. Falta de requisito de procedibilidad para demandar
4. Inepta demanda
5. Legalidad de las Resoluciones No 000081 y 000127 de 2007 y buena fe de la Beneficencia de Antioquia
6. La genérica del artículo 282 del Código General del Proceso.

"(...)

CAPÍTULO SEGUNDO - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Como se ha advertido en el recuento de los antecedentes de la actuación, el Tribunal encuentra satisfechos los requisitos indispensables para la validez del proceso, por lo cual existe fundamento jurídico necesario para proferir laudo.

Con la documentación que se aportó al expediente se estableció que tanto la sociedad convocante como la parte convocada tienen capacidad para transigir y las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a decisión de este Tribunal, son susceptibles de resolverse mediante transacción, conciliación o decisión arbitral, acorde con la ley.

2. LA DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN ARBITRAL

De manera concreta, la fijación del litigio que mediante el presente laudo se desata, está delimitada según el petitum de la demanda a determinar si **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** desbordó su competencia al declarar mediante los actos administrativos demandados el incumplimiento de algunas cláusulas del contrato de concesión N° 37 de 2006 por parte de **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.**, imponiéndole multa y ejecutando su cumplimiento.

Establecida la validez del proceso y la competencia del Tribunal para decidir sobre el asunto, y no existiendo causales de nulidad que lo impidan, se procede a examinar las pretensiones de la parte provocante y los hechos en que se fundan, así como la oposición y las excepciones presentadas por la parte provocada.

3. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

Acorde con el artículo 182 del código general del proceso es deber del juez dejar constancia en la providencia que desata el litigio sobre la percepción de la actitud asumida por las partes a lo largo del proceso, debiendo advertirse que ambas mostraron absoluta lealtad y buena fe, siendo este el comportamiento ideal y esperado, por lo que de sus conductas no es posible deducir indicio alguno.

4. EL TRÁNSITO LEGISLATIVO EN MATERIA DE POTESTADES EXCEPCIONALES, CONCRETAMENTE EN EL TEMA DE LAS CLÁUSULAS IMPOSITIVAS DE MULTAS.

Como la discusión en este caso gravita en determinar si **BENEFICIENCIA DE ANTIOQUIA** tenía para el momento en que profirió los actos administrativos atacados la potestad de imponer multas a su favor y ejecutar las mismas, procede esta Corporación en primer lugar a hacer un análisis sistemático de cómo ha sido el desenvolvimiento jurisprudencial que sobre este tema ha tenido el Consejo de Estado durante los últimos treinta y cuatro años.

Revisada con juicio dicha jurisprudencia, se observa que en materia de potestades excepcionales de imposición de multas, el país ha pasado por tres períodos concretos, definidos por el tránsito legislativo así:

El primer periodo es el comprendido entre el decreto ley 222 de 1983 y la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 o "Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Durante este lapso, las multas en los contratos administrativos tenían una prerrogativa exorbitante de la administración, toda vez que aquellas están establecidas a favor de la misma, siendo la propia administración quien establecía sus causales y sus montos, pudiendo además declarar su incumplimiento, haciéndolas efectivas directamente. De tal suerte que vez en firme la resolución de imposición de la multa, la administración podía cobrarla por vía ejecutiva o descontarla directamente de lo que le adeudaba al contratista, todo en virtud del artículo 71 del referido decreto y que textualmente establecía:

"(...)

ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS. *En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.*

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64¹ de este estatuto.

¹Dicha norma textualmente reza:

"ARTICULO 64. DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD - *La declaratoria de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso.*

La resolución que declara la caducidad se notificará personalmente a los interesados. Si ello no fuere posible, se publicará un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutive.

Contra dicha providencia cabe el recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de notificación o de su publicación."

*En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.” (pie de página fuera de texto).
(...)”*

Además, sobre el alcance que tenía la administración en materia de multas bajo esa legislación, el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, al absolver consulta al señor Ministro de Defensa Nacional el pasado 25 de mayo de 2006, bajo el radicado N° 1.748 verificable mediante el número único 11001-03-06-000-2006-00050-00 y que hace referencia a las *“cláusulas penales en los contratos estatales. Cláusula de multas como cláusula penal. Su regulación en los contratos estatales que contengan potestades excepcionales, y en los que carezcan de éstas.”*, textualmente dijo:

“(...)”

Antes de la expedición de la ley 80 de 1993, actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encontraba vigente el decreto ley 222 de 1983. Este último consagraba un doble régimen jurídico para la contratación de las entidades públicas, el del derecho privado y el del derecho público, por lo que se hablaba en ese entonces de contratos de derecho privado de la administración y de contratos administrativos.

Se entendía que era de la naturaleza de los últimos la inclusión de un grupo de estipulaciones que contemplaran la "aplicación de los principios" de interpretación, modificación, terminación de los contratos, así como " las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestadas; garantías; multas; penal pecuniaria...". Era indiscutible que a estos contratos se les aplicaba íntegramente el derecho público, por lo que el ejercicio de los derechos conferidos por las estipulaciones que se acaban de mencionar, se hacía mediante actos administrativos, que gozan de los privilegios propios del ejercicio de la autoridad, comúnmente conocidos como de definición previa y de ejecución oficiosa. En relación con las cláusulas de multas y la penal pecuniaria, según el decreto ley en comento, se podían "hacer efectivas" mediante acto administrativo que declarase el incumplimiento o en la resolución de caducidad administrativa del contrato, las que prestaban mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva.

A más de la expresión "hacer efectivas" las multas y la cláusula penal pecuniaria, se utilizaba el vocablo "imponer" para indicar que al ejercer estas potestades la Administración se encontraba en una

posición de superioridad frente a su contratista, y que en forma unilateral, lo obligaba al pago del valor de tales penas. Anota la Sala que a partir de ésta idea se generalizó un error que consiste en pensar que en derecho privado no se pueden "imponer" ni multas ni cláusulas penales por parte de la administración, de lo que se desprendería que tan sólo es el juez el que podría hacerla. Más adelante se vuelve sobre esta imprecisión conceptual, al distinguir entre la "imposición" de la multa y su "exigibilidad".

Los contratos llamados de derecho privado de la administración se entendían celebrados bajo una situación de igualdad de las partes, propia del régimen jurídico de los particulares, por lo cual las entidades públicas contratantes carecían de las potestades excepcionales junto con el derecho a ejercerlas mediante actos administrativos, salvo pacto expreso en contrario. (...)"

El segundo periodo abarca desde la referida expedición de la ley 80 de 1993 hasta la promulgación de la ley 1150 de 2007, *"por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos"*.

Es bien sabido que la ley 80 no reguló las multas, razón por la cual el Consejo de Estado por vía jurisprudencial trató de llenar este vacío legislativo durante dicho periodo habiendo elaborado tres tesis diferentes que se pasan a detallar de manera cronológica, así:

La primera tesis se dio recién expedida la ley, y en ella ese alto Tribunal sostenía que las multas seguían siendo aplicables porque la capacidad del Estado para imponerlas no deriva de la ley 80 de 1993, sino de las normas constitucionales y presupuestales que lo obligan a salvaguardar los bienes y recursos públicos, toda vez que a la administración pública le asiste el deber de cuidar los bienes, recursos y el presupuesto público y, entonces, la capacidad para imponer multas deriva de la potestad que tiene la administración para controlar los bienes y recursos públicos, es decir que en la ley 80 las multas sólo tenían un carácter sancionatorio.

Posteriormente el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo abandona esta tesis asumiendo una segunda postura en la que sostiene que las multas no son admisibles en los contratos estatales porque no tienen ningún fundamento ni soporte legal, ya que no se regulan en la ley 80 de 1993.

La tercera y última posición que adopta esta Corporación durante ese periodo consiste en que si bien es cierto que las multas no

fueron objeto de regulación en la ley 80 de 1993, son las multas con prerrogativa exorbitante las que no fueron reguladas, anotando que esta misma ley advierte que el contenido del contrato estatal se regula por el derecho privado y por lo mismo las multas con las características reguladas en el código civil y código de comercio, tienen existencia y pueden pactarse en los contratos siempre y cuando se estipulen en los mismos términos de los referidos códigos.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Consulta del Consejo de Estado al absolver la consulta dentro del radicado N° 1.748 anteriormente referido, textualmente dijo:

" (...)

Al hacer una comparación entre la legislación anterior brevemente reseñada y el actual Estatuto General de Contratación, en los temas que apuntan a lo consultado, se precisan tres cambios a saber:

- La nueva legislación unifica en una sola categoría jurídica, la de los contratos estatales, la totalidad de la contratación pública, pero sólo permite incluir las potestades excepcionales en algunos de éstos;

- Esta unificación del régimen legal de los contratos se hace bajo la regulación general del derecho privado, pues al tenor del primer inciso del artículo 13 de la ley 80 de 1993, "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. "

- El Estatuto General de Contratación de la Administración no incluyó regulación alguna sobre las multas y la cláusula penal pecuniaria. De aquí se han desprendido dos consecuencias, la primera consiste en que si en un contrato se estipulan cláusulas con estas denominaciones, no existe una referencia legislativa para su interpretación y la definición de sus efectos, de suerte que es necesario aplicar las normas del código Civil sobre interpretación de los contratos para establecer su verdadero significado; y la segunda, que es lícito acordar las cláusulas penales propias del derecho privado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, que se encuentra consagrado en forma expresa en ese estatuto.

" (...).

El tercer periodo se inicia con la promulgación de la aludida ley 1150 de 2007, la que en su artículo 17 estipula:

" (...)

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

(...).

De lo anteriormente transcrito se concluye palmariamente que en los contratos administrativos son válidas y se deben pactar cláusulas impositivas de multas, las que el Estado puede imponer y hacer efectivas teniendo igualmente la facultad para declarar el incumplimiento contractual.

Entonces, a partir de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, se regresa a la potestad exorbitante de la administración pública para establecer en los contratos estatales y exclusivamente a su favor multas, de declarar el incumplimiento contractual por parte del contratista, y de imponer y hacer efectivas dichas multas, volviendo a la situación jurídica anterior a la ley 80 de 1993. Como se advierte, siempre ha estado vigente la jurisprudencia del referido Tribunal en el sentido de que en todo proceso sancionatorio se debe

respetar el debido proceso, garantizando el derecho de defensa, permitiendo la contradicción, derechos que en el caso de imposición de multas surgen desde el momento en que la administración inicia el procedimiento sancionatorio, lo que significa, de acuerdo con lo que ha dicho el propio Consejo de Estado, que cuando se va a imponer una multa, la administración tiene que proceder a comunicarle al contratista en qué consiste su incumplimiento, darle un plazo para que haga una de tres cosas: que proceda a cumplir, o sea a subsanar las causales de incumplimiento; que proceda a demostrar que no está incumpliendo y por último que en caso de incumplimiento que demuestre que no le es imputable a él.

Así las cosas, es evidente y no admite discusión alguna que en los contratos que se celebraron a partir de la vigencia de la referida ley 1150 la administración pública cuenta con la prerrogativa exorbitante para poder pactar multas, estableciendo las causales que dan lugar a las mismas, siguiendo el respectivo procedimiento cuando se vayan a imponer, prerrogativa que de conformidad con lo establecido en el parágrafo transitorio del artículo 17 de dicha norma, se extiende a las cláusulas de fijación de multas pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de dicha ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

5. EL CASO CONCRETO.

BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA como demandada en este proceso en su oportunidad legal contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma mediante las excepciones de mérito anteriormente referidas dentro de las cuales está la siguiente:

"(...)

LEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES NO. 000081 Y 000127 DE 2007 Y BUENA FE de la Beneficencia de Antioquia.

La Beneficencia de Antioquia actuó conforme al régimen especial del monopolio de juegos de suerte y azar, regulado por disposiciones especiales contenidas en la Ley 643 de 2001 y los Decretos reglamentarios 1350 de 2003, 1335 de 2005 y 4643 de 2005, por medio de las cuales el legislador le dio competencia.

El Decreto 1350 de 2003, artículo 20, establece: "Sanciones. De conformidad con los artículos 44 y 55 de la Ley 643 de 2001 o la norma que los modifique o adicione, a los concesionarios y

colocadores que incumplan con las normas que rigen la operación del juego de apuestas permanentes o chance, les serán aplicables las **sanciones allí previstas, sin perjuicio de las demás establecidas en el contrato de concesión** y en las normas pertinentes).

Además mi representada siguió los lineamientos del debido proceso del artículo 79 decreto 33 de 1984, reglamentario Ley 643.

Así como la Ley 153 de 1887 que establece que priman las disposiciones legales especiales frente a las generales.

El artículo 2° de la Ley 153 de 1887, establece que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, **se aplicará la ley posterior.**

Norma que es aplicable frente a la discusión de la Ley 80 de 1993, ya que la Resolución 000127 del 14 de agosto de 2007, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por GANA, es el acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa y es el acto administrativo que agota vía gubernativa.

Esta resolución se expide cuando ya estaba vigente la Ley 1150 de 2007, la cual inició su vigencia el 16 de julio de 2007.

El parágrafo transitorio del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, referido a sanciones en actuaciones contractuales, establece:

"PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas". NFT.

En el contrato 037 de 2006, las partes pactaron en el numeral 6 de las consideraciones, que se someterán a las disposiciones especiales reguladas en la Ley 643 de 2001 y demás disposiciones reglamentarias. Consideración que también **establece que se someten a todas las normas que los sustituyan, modifiquen, complementen o aclaren.**

En la cláusula tercera del contrato, se pactó entre otros, que los siguientes documentos hacen parte del contrato: Pliegos de condiciones, adendas y la propuesta del concesionario.

En los pliegos de condiciones definitiva, numeral 2.3. Régimen jurídico aplicable, página 8, se estipuló:

“La presente licitación y el contrato de concesión que llegue a celebrarse, estarán sujetos a la legislación Colombiana, y en lo específico a las siguientes disposiciones:

2.1 Constitución Política

2.2 Ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios

2.3 Ley 643 de 2001 y decretos reglamentarios

2.4 Decreto 1350 de 2003

2.5 Decreto 777 de 2004

2.6 Decreto 3535 de 2005

2.7 Decreto 4643 de 2005

2.8 Resoluciones 1270 y 1013 de 2003 expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud. 2.9 Circulares externas 017 y 022 del 2005 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud

2.10 Los reglamentos que profiera LA BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA

2.11 Las estipulaciones de este pliego de condiciones del contrato

También se aplicarán las demás disposiciones normativas que modifiquen, aclaren o complementen las aquí señaladas en lo pertinente y aplicable”. NFT para señalar que la ley que rige al contrato también es la que modifica la Ley 80 de 1993, porque así lo pactaron las partes y la ley vigente al momento de tomar la decisión respecto a multas, que para este caso estaba vigente el artículo 20 del Decreto 1350 de 2003 y la Ley 1150 de 2007.

GANÁ, en la propuesta presentada, aceptó conocer todos los documentos y términos del proceso y aceptarlos. Propuesta que una vez fue aceptada por mi representada y que culminó con la adjudicación y suscripción del contrato, son pruebas suficientes de que GANA aceptó todas las condiciones establecidas en los documentos del proceso y el contrato y sobre todo aceptó que la ley del contrato serán las disposiciones legales vigentes en la materia.

En el otrosí No. 4 al contrato de concesión 037 de 2006, el día 27 de mayo de 2008, GANA y mi representada acordaron modificar la cláusula referente a multa, manteniendo la regulación pero variando otros aspectos.

Con la contestación de la demanda aportó documentos que prueban que GANA en la etapa de prepliegos y pliegos definitivos sólo observó el valor de la multa, nada expresó sobre la competencia o no de mi representada. Así como tampoco dijo nada durante el procedimiento sancionatorio que culminó con las resoluciones 000081 y 000127 de 2007.

La jurisprudencia del Consejo de Estado para la época en que se adelantó el proceso de licitación No. 008 de 2006 decía que la administración sí podía pactar las multas, declarar el incumplimiento, imponer y hacer efectivas las multas.”

La Constitución Política Colombiana en su artículo 230 establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” (subrayas y negrilla fuera de texto) advirtiendo que la jurisprudencia es simplemente un criterio auxiliar de la actividad judicial, es decir, a la que sólo se acude a falta de ley expresamente aplicable al caso en disputa.

Al revisar la legislación, este Tribunal pudo observar que el “**PARÁGRAFO TRANSITORIO**” del artículo 17 de la ley 1150 anteriormente transcrito, resuelve sin lugar a equívocos, la controversia que mediante este laudo se dirime, al establecer que:

*“**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.
(...)”*

Se debe recordar que las facultades previstas en el mencionado artículo 17 son concretamente, como se puede verificar en el texto de la norma, las de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, declarar el incumplimiento, hacer efectivas las multas, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva como sucedió en este caso.

Así las cosas, es evidente que en virtud del referido **PARÁGRAFO TRANSITORIO**, no es posible desvirtuar la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos demandados contenidos

en las resoluciones números 000081 y 000127 de 2007, por medio de las cuales **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** impuso multa a **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.**, pues no solo se trata de un contrato celebrado con anterioridad a la expedición de la ley 1150 de 2007, que se encontraba vigente al momento de la expedición de la misma, sino que por autonomía de la voluntad de las partes se previó la competencia de **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** para imponerlas y hacerlas efectivas tal y como consta en la cláusula décimo cuarta (14ª) del contrato el que textualmente prescribe:

"(...)

CLÁUSULA DECIMOCUARTA: MULTAS Y PROCEDIMIENTO. *La BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA, dado el incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO y como acto independiente de la cláusula penal y de los intereses de mora, aplicara multas hasta del 1 por mil (1 x 1.000) del valor total del contrato. En caso de faltas permanentes o reiteradas, las multas podrán ser impuestas de manera sucesiva hasta que cese el incumplimiento, sin exceder el equivalente al 10% del valor total del contrato, se aplicaran a través de resolución motivada, previo requerimiento al CONCESIONARIO en cumplimiento de un procedimiento breve y sumario, para garantizar el derecho de defensa del concesionario. Estas multas se aplicaran cuando se presente incumplimiento en las condiciones generales, especiales, prohibiciones y obligaciones de EL CONCESIONARIO, para el desarrollo de la concesión, establecidas en el pliego de condiciones, el presente contrato y en las leyes, así como el incumplimiento de cualquiera de las condiciones y obligaciones propias de la naturaleza del mismo contrato celebrado, aun cuando no se haya especificado en el pliego o el contrato. Esto sin perjuicio de la declaratoria de caducidad y de la exigibilidad de la cláusula penal. La tasación de la multa se realizara en función de la gravedad de la falta. Se consideran graves, entre otras, las siguientes conductas: 1. La utilización de terminales que no estén dirigiendo las apuestas al data center seleccionado por la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA. 2. La utilización de formularios de chance no suministrados por la entidad. 3. Operar con terminales que no se encuentren registradas ante la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA. 4. No mantener vigentes las garantías en las condiciones de plazo y cuantía previstas en el contrato. 5. Ofrecer incentivos superiores a los autorizados por la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA. 6. Cursar el juego de apuestas permanentes o chance en tiquetes diferentes a los suministrados por la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA sin la debida autorización. 7. No cumplir con las políticas de enrutamiento de la información definidas por la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA (...)*".

De lo dicho por el señor apoderado de la parte demandante en el texto de la demanda, **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.** conocía la norma antes citada desde la etapa de pre-pliegos y no obstante su conocimiento decidió participar en la licitación y al ser seleccionada como contratista, suscribió por intermedio de su representante legal el contrato de concesión de juego de apuestas permanentes sin efectuar oposición u observación alguna.

Así las cosas, por las razones expuestas, esta Colegiatura considera que lo indicado por el Tribunal Administrativo de Antioquia al desatar favorablemente la primera instancia a favor de **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.**, cuando manifiesta que “ (...) *el contrato 037 fue celebrado bajo la vigencia de la ley 80 de 1993 y los hechos que dieron lugar a la sanción fueron cometidos, con anterioridad a la vigencia del artículo 17 de la ley 1150 (16 de julio de 2007), lo cual se corrobora, con el auto por medio del cual se inicia la investigación administrativa (...)*” desconoce lo dicho en el mencionado “**PARÁGRAFO TRANSITORIO**”, que por ser norma de carácter procesal, a la luz del inciso 1° del artículo 13 del código general del proceso, en ningún caso puede ser derogada, modificada ni sustituida por el operador jurídico, norma cuyo sentido es absolutamente claro, y en consecuencia por disposición legal expresa contenida en el artículo 27 del código civil, no se puede desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

Por último, no comparte este Tribunal Arbitral el argumento esgrimido por **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.**, consistente en que no existe ley que le otorgue competencia a **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA** para declarar el incumplimiento del contrato y para imponer la sanción económica tal como lo hizo, toda vez que por disposición expresa del artículo 13 del estatuto general de contratación de la administración pública, los contratos estatales se regirán por las disposiciones civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas en esa ley, y revisado el código civil, se halla que el artículo 1602 establece que el contrato es ley para las partes; en ese orden de ideas, si se tiene en cuenta que esas competencias están expresamente establecidas en la cláusula décimo cuarta del contrato de concesión N° 037 de mayo de 2006 que tuvo por objeto “**La explotación de juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento de Antioquia**”, y que dicho contrato goza de plena validez en virtud de que no fue demandado. Se concluye, entonces, que sí existe ley que le otorgue competencia a la demandada para actuar como lo hizo al imponer la multa, anotando de paso que dicha ley se encuentra mencionada en la referida cláusula.

Como los fundamentos fácticos que sustentan la demanda no fueron acreditados y la convocada sí estaba legalmente autorizada para obrar en la forma como aparece en los actos sancionatorios que originaron la controversia, no se acogerán las peticiones de la sociedad convocante. Finalmente se advierte que no hay lugar a estudiar las excepciones propuestas, toda vez que faltó la acreditación del hecho fundante de la pretensión.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir las controversias suscitadas entre **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.** y **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Con fundamento en lo expresado en la parte motiva, se desestiman las pretensiones de la de la parte convocante

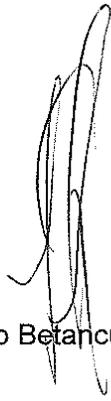
SEGUNDO: Por las razones que sirvieron de fundamento al anterior pronunciamiento, no hay lugar al estudio de las excepciones propuestas por la demandada **BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA**

TERCERO: Condenar en costas a la parte actora **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.** en la suma de **CUARENTA MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS** (\$ 40'539.559.00.), fijando de dicha suma de dinero por concepto de agencias en derecho la suma de **VEINTE MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS** (\$ 20'720.000.00.) y como gastos la cantidad de **DIECINUEVE MILLONES OCHOSCIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS** (\$ 19'819.559.00.), correspondiente al pago efectuado por la demandada por concepto de honorarios y gastos del Tribunal

CUARTO: Se ordena el pago de los honorarios restantes a favor de los integrantes del Tribunal y del Secretario y en el evento de quedar algún saldo, se ordena reintegrarlo a cada una de las partes

QUINTO: Expídase copia del laudo para las partes con las constancias correspondientes y ordénese el archivo del expediente en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

Los Árbitros:

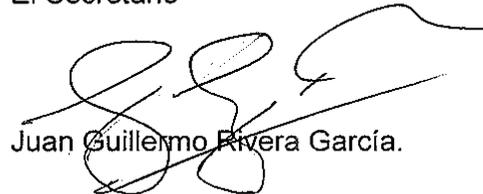


Juan Fernando Betancur González


Beatriz Elena Estrada Tobón


Fernando Ossa Arbeláez

El Secretario


Juan Guillermo Rivera García.