



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN B**

**Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D.C., dos (2) agosto de dos mil veinticuatro (2024)

**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00451-01 (69808)  
**Demandante:** Susuerte S.A.  
**Demandados:** Empresa Departamental para la Salud de Caldas – EDSA  
EICE  
**Naturaleza:** Controversias contractuales  
**Tema:** Desequilibrio económico del contrato. Se confirma la decisión de primera instancia que negó la pretensión de modificar la cláusula de precio del contrato por no ser procedente. En todo caso, el desequilibrio alegado no fue probado.

## **SENTENCIA**

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2022 por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA<sup>1</sup>. A su vez, el tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón a la cuantía, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 152 del mismo código<sup>2</sup>.

El recurso de apelación fue admitido el 16 de junio de 2023<sup>3</sup>. En los términos del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, ante la ausencia de solicitud probatoria de las partes el expediente entró al despacho para fallo el 24 de enero de 2024<sup>4</sup>, sin que la parte no apelante ni el Ministerio Público se pronunciaran.

<sup>1</sup> <<El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos>>.

<sup>2</sup> <<De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes>>.

<sup>3</sup>SAMAI, índice 4.

<sup>4</sup> SAMAI, índice 12.





## I. ANTECEDENTES

### A.- Posición de la parte demandante

1.- El 11 de septiembre de 2018 la sociedad Susuerte S.A. (en adelante, «Susuerte», la «demandante» o la «concesionaria») presentó demanda de controversias contractuales contra la Empresa Departamental para la Salud de Caldas – EDSA EICE (en adelante, «EDSA» o la «entidad demandada») en la que formuló las siguientes pretensiones:

«1. Ordénese a la demanda EDSA E.I.C.E que en el término perentorio que le conceda el H. Tribunal realice la modificación contractual para determinar el valor definitivo del CONTRATO DE CONCESIÓN 001 DE 2016 PARA LA OPERACIÓN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O "CHANCE" EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS, PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1º DE ENERO DE 2017 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2021, CELEBRADO ENTRE LA EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD -EDSA Y LA EMPRESA SUSUERTE S.A" suscrito el día 18 de noviembre de 2016 entre EDSA E.I.C.E como concedente y SUSUERTE S.A. como concesionaria, teniendo en cuenta el impacto generado por el aumento del IVA del 16% al 19% con motivo de la Reforma Tributaria contenida en la ley 1819 de 2016.

2. Que al efectuar la modificación contractual, EDSA E.I.C.E., aplique el siguiente cuadro que refleja los valores por IVA a la tarifa del 19% sobre las ventas brutas (base de liquidación), dando como resultado los siguientes valores a cargo del concesionario por los conceptos de derechos de explotación y gastos de administración

		VALOR PAGADO APOSTADOR (IVA Incluido)	IVA 19%	VENTAS BRUTAS (Base Liquidación)	TRANSFERENCIA S A LA SALUD	ADMINISTRACION EDSA 1%
AÑO 1	201 7	90,994,864,614	14,528,591,82 9	76,466,272,785	9,175,952,734	91,759,527
AÑO 2	201 8	93,724,710,553	14,964,449,58 4	78,760,260,969	9,451,231,316	94,512,313
AÑO 3	201 9	96,536,451,870	15,413,383,07 2	81,123,068,798	9,734,768,256	97,347,683
AÑO 4	202 0	99,432,545,426	15,875,784,56 4	83,556,760,862	10,026,811,303	100,268,113
AÑO 5	202 1	102,415,521,78 8	16,352,058,10 1	86,063,463,687	10,327,615,642	103,276,156
TOTAL		483,104,094,25 1	77,134,267,14 9	405,969,827,10 2	48,716,379,252	487,163,793

3.- Que, una vez modificado el contrato para ajustar los derechos de explotación y los gastos de administración a los valores que realmente corresponden teniendo en cuenta la tarifa Iva del 19%, EDSA E.I.C.E reembolse a SUSUERTE S.A., los valores pagados en exceso, cuya sumatoria durante los cinco (5) años de ejecución del contrato equivale a MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS CINCO MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$1.272.505.424,00), o lo que hubiere pagado hasta el momento del reembolso si para entonces sigue en ejecución el contrato de concesión.

4. Que a las sumas de dinero que EDSA E.I.C.E reembolse a SUSUERTE S.A como mayores valores pagados se les adicionen los intereses legales a la rata



máxima legal permitida, liquidados desde la fecha del pago hasta cuando el reembolso tenga lugar.»<sup>5</sup>.

2.- La demandante basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 18 de noviembre de 2016 Susuerte y EDSA celebraron el contrato de concesión 001 de 2016 cuyo objeto era «*otorgar la concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o “chance” (...) en todo el territorio del Departamento de Caldas bajo el control, fiscalización y supervisión de la entidad concedente durante el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2021*» (en adelante, el «Contrato»).

2.2.- En la cláusula segunda del Contrato se pactó que su valor correspondería a «*aquel que resulte de sumar los derechos de explotación equivalentes al 12% de los ingresos brutos más el 1% de los derechos de explotación para gastos de administración*». De conformidad con el otrosí No. 2 al Contrato, el valor se estimó en cuarenta y nueve mil doscientos tres millones quinientos cuarenta y tres mil cuarenta y cinco pesos (\$49.203.543.045), de conformidad con la siguiente tabla:

		VENTAS BRUTAS	TRANSFERENCIA A LA SALUD (12%)	% ADMINISTRACIÓN EDSA
AÑO 1	2017	76.466.272.785	9.175.952.734	91.759.527
AÑO 2	2018	78.760.260.969	9.451.231.316	94.512.313
AÑO 3	2019	81.123.068.798	9.734.768.256	97.347.683
AÑO 4	2020	83.556.760.862	10.026.811.303	100.268.113
AÑO 5	2021	86.063.463.687	10.327.615.642	103.276.156
<b>TOTAL</b>		<b>405.969.827.100</b>	<b>48.716.379.252</b>	<b>487.163.793</b>

2.3.- El chance está gravado con IVA. Al tratarse de un producto cuyo precio está determinado por el comprador, este se maneja bajo el concepto de IVA incluido. Es decir, cada vez que un usuario realiza una apuesta, la concesionaria recibe un pago al que se le resta la tarifa de IVA aplicable, y el saldo restante corresponde a las ventas brutas.

2.4.- Para la fecha de celebración del Contrato, el IVA aplicable al chance era del 16%. El 1° de enero de 2017, entró en vigencia la Ley 1819 de 2016, mediante la cual se aumentó la tarifa de IVA aplicable al 19%. Este incremento del 3% tendría un impacto negativo sobre los ingresos o ventas brutas de la concesionaria, pues ante un mismo valor de apuesta por parte de los usuarios, esta recibiría menos ingresos al tener que destinar un mayor porcentaje a cubrir el nuevo IVA.

<sup>5</sup> Cuaderno principal, folios 9 y 10. Expediente digitalizado en el índice No. 2 del SAMAI.



2.5.- Así las cosas, en la medida en que los derechos de explotación que debía pagar la demandante se calculaban con base en el ingreso o ventas brutas, y estas se iban a ver disminuidas con el aumento del IVA, dicha modificación le generaba un desequilibrio que calculó en mil doscientos setenta y dos millones quinientos cinco mil cuatrocientos veinticuatro pesos (\$1.272.505.424) para los cinco años de ejecución del Contrato. Por lo anterior, era necesario que se ordenara a EDSA realizar una modificación a la cláusula de precio del Contrato en lo referente a los ingresos o ventas brutas.

## **B.- Posición de la parte demandada**

3.- EDSA contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló los siguientes argumentos de defensa:

3.1.- El artículo 23 de la Ley 643 de 2001, que regula el chance, dispone que los concesionarios pagarán a título de derechos de explotación el 12% de sus ingresos brutos. Por su parte, el artículo 2.7.2.1.2 del Decreto 1068 de 2015 define como ingresos brutos del concesionario de chance, el valor total de las apuestas registradas en los formularios de juego sin IVA. Además, para entender la estructura financiera del Contrato, es necesario tener en cuenta el concepto de rentabilidad mínima definido en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, como el *«mínimo de ingresos brutos que por la venta del juego (...) deben generar los operadores por cada año y durante toda la vigencia del respectivo contrato»*.

3.2.- Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la rentabilidad mínima está circunscrita a las ventas brutas de chance, el aumento de la tarifa de IVA no afecta al concesionario. El realmente afectado por el aumento del IVA es el apostador, quien ante un mismo valor de la apuesta recibiría eventualmente un menor premio, pues este es calculado a partir del valor de la apuesta menos el IVA.

3.3.- Además de lo anterior, de conformidad con la información financiera presentada por la entidad encargada de hacer la auditoría financiera del Contrato, se evidenció que: (i) existió una pequeña disminución en los ingresos brutos del concesionario en 2017 respecto de 2016 por un valor de ciento cuarenta y tres millones ochocientos cincuenta y seis mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$143.856.863); (ii) sin embargo, en 2018 los ingresos brutos se incrementaron en mil setecientos cuarenta millones ochocientos sesenta y siete mil novecientos veintiséis pesos (\$1.740.867.926) respecto de 2017. Lo anterior prueba la inexistencia de un desequilibrio económico.

## **C.- Sentencia recurrida**

4.- Mediante sentencia del 21 de octubre de 2022, el Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones de la demanda. En síntesis, consideró que:



4.1.- En el cálculo de la rentabilidad mínima no interfiere la tarifa de IVA aplicable, toda vez que: (i) el artículo 24 de la Ley 643 establece que la rentabilidad mínima se calcula a partir de los ingresos brutos; y (ii) el artículo 2.7.2.1.2. del Decreto 1086 de 2015 define los ingresos brutos del concesionario como el valor pagado por el apostador sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas.

4.2.- Además de lo anterior, con los testimonios y el interrogatorio de parte del representante legal de Susuerte quedó acreditado que a quien afecta directamente el incremento del IVA es al apostador. Así, a manera de ejemplo, si un usuario realiza una apuesta por valor de mil pesos (\$1.000), con un IVA del 16%, el impuesto correspondería a ciento sesenta pesos (\$160) y el valor realmente apostado, sobre el cual se calcularía el eventual premio, sería de ochocientos cuarenta pesos (\$840). En el mismo caso, con un IVA del 19%, el valor apostado y sobre el cual se calcularía el precio sería de ochocientos diez pesos (\$810).

4.3.- Más allá de las afirmaciones de la demanda y las declaraciones de algunos testigos que indican que Susuerte vio reducidos sus ingresos en un 3%, no existió una explicación precisa ni se probó la razón de tal disminución. Además, si bien se mencionó que el aumento del IVA podría desincentivar la compra de chance por parte de los apostadores, no existe prueba sobre esta situación. Por lo demás, algunos testigos que trabajaban para la demandante coincidieron en señalar que las ganancias del concesionario dependían de varios factores, incluido el mayor o menor número de ganadores.

4.4.- Por último, en el expediente obra una certificación elaborada por el auditor financiero del Contrato, en la cual se puede evidenciar que entre 2017 y 2018 los ingresos brutos de la demandante se incrementaron, lo cual descarta la existencia de un desequilibrio económico.

#### **D.- Recurso de apelación**

5.- La parte demandante apela y formula los siguientes reparos:

5.1.- Teniendo en cuenta el mismo ejemplo presentado por el tribunal, es evidente que al aumentar la tarifa de IVA disminuyen tanto el eventual premio del apostador como el ingreso del concesionario. Sin embargo, con este ingreso reducido, la demandante mantiene la obligación de pagar los derechos de explotación sobre la rentabilidad mínima, calculada con el IVA del 16%.

5.2.- Aunque el IVA es asumido por el usuario al realizar su apuesta, este se descuenta del valor apostado, lo que implica que, a una mayor tarifa de IVA, disminuyen los ingresos recibidos por el concesionario.



## II. CONSIDERACIONES

### E.- Asuntos procesales y decisión a adoptar

6.- De conformidad con el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, las demandas relativas a los contratos que están sujetos a liquidación deben ser presentadas dentro del término de dos (2) años contados desde el momento en que la liquidación fue realizada o desde el vencimiento del plazo dispuesto para ello. La demanda fue interpuesta oportunamente el 11 de septiembre de 2018<sup>6</sup>, mientras el Contrato aún seguía en ejecución<sup>7</sup>.

7.- La Sala confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda. En primer lugar, indicará que la pretensión de modificación del contrato elevada por la demandante no es procedente bajo la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, al no ser posible la revisión del contrato estatal mientras este se encuentra en ejecución. En segundo lugar, indicará que, en todo caso, la demandante no probó el desequilibrio alegado pues no demostró cómo el incremento de la tarifa del IVA aplicable al chance impactó negativamente la ecuación contractual.

### F.- Bajo la figura del restablecimiento del equilibrio económico, el contratista no está facultado para pedir al juez del contrato su revisión mientras este se encuentra en ejecución

8.- El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 señala que:

«En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate».

9.- En el mismo sentido, el numeral 1° del artículo 5 de la misma ley dispone que los contratistas del Estado:

«Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

<sup>6</sup> Cuaderno principal, folios 9 y 10. Expediente digitalizado en el índice No. 2 del SAMAI.

<sup>7</sup> De conformidad con la cláusula primera del Contrato, el plazo vencía el 31 de diciembre de 2021.



En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato».

10.- De conformidad con las normas citadas, en aras de mantener el equilibrio económico del contrato, las partes pueden celebrar los acuerdos necesarios para conjurar los efectos de las situaciones imprevistas que afectaron la ejecución contractual. Sin embargo, y atendiendo al interés general que pretende satisfacer el contrato estatal, aun en caso de que dichos acuerdos no puedan celebrarse, el contratista estará obligado a continuar su ejecución así dicha actividad le cause pérdidas económicas. Lo que tendrá, después, es un derecho para que la entidad contratante lo lleve a «*un punto de no pérdida*» el cual podrá solicitar directamente a la entidad, o en caso de respuesta negativa, acudir ante el juez del contrato para su reconocimiento. Sobre este aspecto, la doctrina ha indicado que:

«... la aplicación de la teoría de la imprevisión exige probar concretamente el déficit de la economía global del contrato. Y para ello es necesario hacer un balance general en el que se determine el total de todos los ingresos del contratista, el total de sus gastos y los costos imputables al contrato, para luego compararlos y obtener un saldo positivo o negativo, teniendo en cuenta que la de ganancia genera un saldo neutro y no negativo»<sup>8</sup>.

11.- Así las cosas, al contrario de lo que sucede en la legislación comercial, donde el artículo 868 del Código de Comercio permite la revisión del contrato mientras este se encuentra en ejecución<sup>9</sup>, en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no se permite que el juez del contrato pueda revisar los términos contractuales y ordenar su modificación mientras este está vigente. En el presente caso, Susuerte presentó su demanda cuando el contrato aún se encontraba en ejecución, y en la pretensión primera solicitó al tribunal que se ordenara a EDSA modificar el Contrato. Por lo cual, sus pretensiones eran improcedentes.

12.- En todo caso, incluso si se aceptara la procedencia de la modificación contractual pretendida por la demandante, esta era imposible en el caso concreto. En el otrosí No. 2 del Contrato se indicó que su precio era cuarenta y nueve mil doscientos tres millones quinientos cuarenta y tres mil cuarenta y cinco pesos (\$49.203.543.045), correspondiente a la suma de los derechos de

<sup>8</sup> Benavides, José Luis. *El contrata estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2ª edición. (2004). Página 482.

<sup>9</sup> «Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato».



explotación y los gastos de administración, calculados sobre la proyección de ingresos brutos del concesionario, de conformidad con la siguiente tabla:

		VENTAS BRUTAS	TRANSFERENCIA A LA SALUD (12%)	% ADMINISTRACIÓN EDSA
AÑO 1	2017	76.466.272.785	9.175.952.734	91.759.527
AÑO 2	2018	78.760.260.969	9.451.231.316	94.512.313
AÑO 3	2019	81.123.068.798	9.734.768.256	97.347.683
AÑO 4	2020	83.556.760.862	10.026.811.303	100.268.113
AÑO 5	2021	86.063.463.687	10.327.615.642	103.276.156
<b>TOTAL</b>		<b>405.969.827.100</b>	<b>48.716.379.252</b>	<b>487.163.793</b>

13.- En su demanda, Susuerte afirmó que el incremento del IVA del 16% al 19% tendría un impacto negativo en el Contrato y presentó las siguientes tablas:

Cuadro 1, Cálculo con Ventas Brutas después del IVA del 16%

		VALOR PAGADO APOSTADOR IVA Incluido	IVA 16%	VENTAS BRUTAS (Base Liquidación)	TRANSFERENCIA S A LA SALUD	ADMINISTRACION EDSA 1%
AÑO 1	2017	90,994,864,614	12,551,015,809	78,443,848,805	9,413,261,857	94,132,619
AÑO 2	2018	93,724,710,553	12,927,546,283	80,797,164,270	9,695,659,712	96,956,597
AÑO 3	2019	96,536,451,870	13,315,372,672	83,221,079,198	9,986,529,504	99,865,295
AÑO 4	2020	99,432,545,426	13,714,833,852	85,717,711,574	10,286,125,389	102,861,254
AÑO 5	2021	102,415,521,788	14,126,278,867	88,289,242,921	10,594,709,150	105,947,092
<b>TOTAL</b>		<b>483,104,094,251</b>	<b>66,635,047,483</b>	<b>416,469,046,768</b>	<b>49,976,285,612</b>	<b>499,762,856</b>

Cuadro 2, Cálculo con Ventas Brutas después del IVA del 19%

		VALOR PAGADO APOSTADOR (IVA Incluido)	IVA 19%	VENTAS BRUTAS (Base Liquidación)	TRANSFERENCIA S A LA SALUD	ADMINISTRACION EDSA 1%
AÑO 1	2017	90,994,864,614	14,528,591,829	76,466,272,785	9,175,952,734	91,759,527
AÑO 2	2018	93,724,710,553	14,964,449,584	78,760,260,969	9,451,231,316	94,512,313
AÑO 3	2019	96,536,451,870	15,413,383,072	81,123,068,798	9,734,768,256	97,347,683
AÑO 4	2020	99,432,545,426	15,875,784,564	83,556,760,862	10,026,811,303	100,268,113
AÑO 5	2021	102,415,521,788	16,352,058,101	86,063,463,687	10,327,615,642	103,276,156
<b>TOTAL</b>		<b>483,104,094,251</b>	<b>77,134,267,149</b>	<b>405,969,827,102</b>	<b>48,716,379,252</b>	<b>487,163,793</b>

14.- En las pretensiones solicitó que: «al efectuar la modificación contractual, EDSA E.I.C.E., aplique el siguiente cuadro que refleja los valores por IVA a la tarifa del 19% sobre las ventas brutas (base de liquidación), dando como resultado los siguientes valores a cargo del concesionario por los conceptos de





derechos de explotación y gastos de administración» de conformidad con la siguiente tabla:

		VALOR PAGADO APOSTADOR (IVA Incluido)	IVA 19%	VENTAS BRUTAS (Base Liquidación)	TRANSFERENCIA S A LA SALUD	ADMINISTRACION EDSA 1%
AÑO 1	2017	90,994,864,614	14,528,591,829	76,466,272,785	9,175,952,734	91,759,527
AÑO 2	2018	93,724,710,553	14,964,449,584	78,760,260,969	9,451,231,316	94,512,313
AÑO 3	2019	96,536,451,870	15,413,383,072	81,123,068,798	9,734,768,256	97,347,683
AÑO 4	2020	99,432,545,426	15,875,784,564	83,556,760,862	10,026,811,303	100,268,113
AÑO 5	2021	102,415,521,788	16,352,058,101	86,063,463,687	10,327,615,642	103,276,156
<b>TOTAL</b>		<b>483,104,094,251</b>	<b>77,134,267,149</b>	<b>405,969,827,102</b>	<b>48,716,379,252</b>	<b>487,163,793</b>

15.- Analizados los cuadros anteriores, es evidente que la modificación contractual que pretendía Susuerte, en realidad, implicaba conservar la misma tabla que se incluyó en el Contrato donde se estableció que: (i) la proyección de ventas brutas corresponde a cuatrocientos cinco mil novecientos sesenta y nueve millones ochocientos veintisiete mil ciento dos pesos (\$405.969.827.102); (ii) las transferencias a la salud, esto es, los derechos de explotación, corresponden a cuarenta y ocho mil setecientos dieciséis millones trescientos setenta y nueve mil doscientos cincuenta y dos pesos (\$48.716.379.252); y (iii) los gastos de administración que recibe la entidad concedente corresponden a cuatrocientos ochenta y siete millones ciento sesenta y tres mil setecientos noventa y tres pesos (\$487.163.793). Es decir, la demandante pretendió que se modificara el Contrato, pero la modificación implicaba dejarlo tal como estaba pactado.

#### **G.- El desequilibrio alegado no se probó**

16.- Adicionalmente, la Sala advierte que el desequilibrio alegado por la demandante no está acreditado. De conformidad con el Contrato, los derechos de explotación y los gastos de administración se calculaban como un porcentaje sobre la proyección de ventas brutas para los cinco años de duración del Contrato. Esta proyección de ventas brutas se define en el pliego de condiciones, y en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001<sup>10</sup> como la «rentabilidad mínima del juego de apuestas permanentes o chance» que corresponde al «mínimo de ingresos brutos que por la venta del juego de apuestas permanentes o chance, deben generar los operadores por cada año y durante toda la vigencia del respectivo contrato, de manera que se sostengan las ventas y se procure su crecimiento». Igualmente, el pliego de condiciones define como ingresos brutos: «el valor total

<sup>10</sup> De conformidad con la modificación realizada por la Ley 1383 de 2010, norma vigente al momento de celebración del Contrato.



de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego descontando el IVA»<sup>11</sup>.

17.- Además, en el pliego se indicó que la rentabilidad mínima se calcularía tomando la mayor cifra entre: (i) el promedio anual de los ingresos brutos obtenidos durante los cuatro años anteriores a la apertura de la licitación; y (ii) la sumatoria de los ingresos brutos en el año inmediatamente anterior a la apertura de la licitación<sup>12</sup>.

18.- Es decir, la proyección de ventas brutas, o técnicamente, la rentabilidad mínima, corresponde a un cálculo que realiza la entidad antes de la adjudicación del Contrato, que señala cuál es el valor mínimo de ventas o ingresos brutos sobre el que se calcularán igualmente el valor mínimo de los derechos de explotación (12%) y los gastos de administración (1%). Es decir, el valor de los derechos de explotación y gastos de administración que el concesionario pagaría siempre será un valor fijo determinado en el contrato, si las ventas brutas son iguales o menores a la rentabilidad mínima. Sin embargo, si el concesionario obtiene ventas brutas por encima de la rentabilidad mínima, el valor de los derechos de explotación y los gastos de administración corresponderá respectivamente al 12% y el 1% sobre ese monto. Así lo establece el artículo 24 citado al señalar que:

«Corresponde al concesionario pagar el doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos a título de derechos de explotación con destino a la salud, más el valor adicional que llegare a existir entre ese porcentaje de derechos de explotación y el doce por ciento (12%) sobre el valor mínimo de los ingresos brutos que por ventas al juego fueron previamente señalados en el contrato como rentabilidad mínima; ese valor adicional lo pagarán los concesionarios a título de compensación contractual con destino a la salud»

19.- En este escenario, es claro que la rentabilidad mínima, al ser un cálculo de proyección de ingresos brutos, no tiene en cuenta la tarifa de IVA aplicable. Es decir, en la elaboración de ese cálculo no tiene incidencia alguna si la tarifa de IVA aplicable era el 16% o el 19%. Por lo tanto, la afirmación de la demandante según la cual *«es necesario realizar un ajuste contractual que refleje la nueva realidad determinada sobre los derechos de explotación y los gastos de administración, por el incremento del impuesto al valor agregado»* carece de fundamento.

20.- Por lo demás, la demandante no realizó ningún esfuerzo probatorio para demostrar la supuesta afectación que el incremento en la tarifa del IVA tuvo en la ecuación contractual. Para probar el desequilibrio alegado, por ejemplo, la demandante hubiera podido presentar o solicitar un dictamen en el que se pudiera evidenciar que: (i) en la ejecución del Contrato existió una disminución en sus ingresos brutos reales; y (ii) que dicha disminución tuvo como causa el

<sup>11</sup> Cuaderno No.2, folio 187. Expediente digitalizado en el índice No. 2 del SAMAI.

<sup>12</sup> Cuaderno No. 2, folio 204. Expediente digitalizado en el índice No. 2 del SAMAI.



aumento en la tarifa del IVA del 16% al 19%. Sin embargo, en la demanda no se aportaron ni se solicitaron pruebas tendientes a probar el desequilibrio alegado.

21.- La única prueba que existe sobre el valor de los ingresos brutos percibidos por la demandante corresponde a la certificación del 4 de febrero de 2019 presentada por el auditor financiero del Contrato, que muestra los ingresos brutos recibidos en 2017 y 2018. En esta certificación se incluye la siguiente tabla:

Año	Ingresos Brutos Chance	Año	Ingresos Brutos Chance
2017	6.136.321.357	2018	6.120.026.518
2017	5.507.172.900	2018	5.779.846.090
2017	5.952.255.322	2018	6.052.157.937
2017	5.573.078.040	2018	5.599.959.936
2017	5.831.836.977	2018	5.838.276.097
2017	5.923.848.383	2018	5.883.860.271
2017	6.298.039.806	2018	6.008.461.465
2017	6.014.482.396	2018	6.367.326.602
2017	6.264.869.631	2018	6.296.419.889
2017	5921.235.205	2018	6.498.861.526
2017	6.019.740.018	2018	6.445.678.481
2017	7.323.862.771	2018	7.750.592.783
	72.756.742.806		74.641.467.595

13

22.- Lo anterior evidencia que entre 2017 (año en el que entró en vigencia el incremento del IVA) y 2018, existió un incremento en sus ingresos brutos por la suma de mil setecientos cuarenta millones ochocientos sesenta y siete mil novecientos veintiséis pesos (\$1.740.867.926). Lo cual descarta, por lo menos para estos periodos, la existencia de un desequilibrio económico.

#### H.- Costas

23.- Como el recurso de apelación no prosperó, los apelantes deben ser condenados en costas y agencias en derecho, de conformidad con lo ordenado en el artículo 188 del CPACA, las cuales serán tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia del 21 de octubre de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas y agencias en derecho a Susuerte S.A. las cuales se fijarán y liquidarán por el tribunal de primera instancia de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

<sup>13</sup> Cuaderno principal, folio 60.



---

Radicado: 17001-23-33-000-2018-00451-01 (69808)  
Demandante: Susuerte S.A.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado electrónicamente*  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Presidente

*Firmado electrónicamente*  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
Magistrado

*Firmado electrónicamente*  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado  
Aclara voto

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dos (2) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

**Magistrado ponente:** MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ  
**Expediente:** 17001-23-33-000-2018-00451-01 (69.808)  
**Demandante:** SUSUERTE SA  
**Demandado:** EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD DE CALDAS EDSA - EICE  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

### ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala en el caso de la referencia, aclaro mi voto por las siguientes razones:

1) Discrepo de la tesis del proyecto según la cual el contratista no está facultado para pretender por la vía judicial el restablecimiento del equilibrio económico del contrato mientras este se encuentra en ejecución, limitante que no está contenida en disposición alguna del ordenamiento jurídico aplicable; por el contrario, como se reconoce en la sentencia de la Subsección, los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993 se sustentan en un supuesto diametralmente opuesto, esto es, que las medidas para restablecer la ecuación del contratista pueden y deben disponerse en forma inmediata a través de los acuerdos que resulten necesarios para lo cual autorizan la suscripción de los acuerdos pertinentes, precisamente, con la finalidad de evitar una situación financiera del contratista que pueda amenazar la continuidad de la ejecución.

2) En efecto, si bien es cierto que la existencia de situaciones externas e imprevisibles que afecten la economía del colaborador de la administración no liberan de la obligación de ejecutar el contrato, también lo es que el legislador ordenó, en forma expresa e inequívoca, que los mecanismos para remediar tales situaciones se adopten durante ejecución, sin excluir la intervención judicial, con el fin de impedir que el contratista se vea abocado a dificultades económicas que comprometan su capacidad real y material para cumplir.

3) Así las cosas, además de la ausencia de fundamento jurídico que avale la posibilidad de restringir la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico del contrato mientras se encuentra en ejecución, la limitante de la cual me aparto impide la posibilidad de evitar la agravación del eventual daño patrimonial para el contratista, escenario contrario a la finalidad perseguida por el derecho previsto en los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, concebido con la finalidad de que quien acude como colaborador de la administración no quede sometido a soportar solo las situaciones financieras adversas, graves e imprevisibles que puedan surgir durante la ejecución, lo cual es especialmente relevante en contratos de concesión de duración prolongada como el que ocupa la atención de la Sala.

4) Por otra parte, estimo que la pretensión primera de la demanda es suficientemente clara y precisa para establecer lo pretendido por la parte demandante y la magnitud del desequilibrio invocado, relacionado con el incremento en la tarifa de un gravamen (IVA), de modo que el yerro contenido en la pretensión segunda relativo al monto real y efectivo del supuesto desbalance no era impedimento para decidir de fondo el reclamo económico.

5 ) Sin perjuicio de lo anterior, acompañé la decisión de fondo porque, tal como acertadamente se analizó en la sentencia, el contratista no probó el desequilibrio financiero alegado en la demanda y, por el contrario, está demostrado que el incremento de la tarifa del IVA no tuvo impacto económico en la remuneración del contratista, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**  
**(firmado electrónicamente)**

*Constancia. La presente aclaración de voto fue firmada electrónicamente por el magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*