MEDIDAS CAUTELARES – Ley 1437 de 2011 / MEDIDAS CAUTELARES - Finalidad / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Análisis inicial no implica prejuzgamiento / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos de procedencia / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Del acto que fijó el trámite y los requisitos para la autorización y concesión de la operación de juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Improcedencia respecto de acto derogado

[E] Despacho advierte que el artículo 29 de la Resolución 20182300011754 de 28 de marzo de 2018 derogó de forma expresa la Resolución demandada. [...] [E]videncia que la Resolución 724 de 2013 salió del ordenamiento jurídico al haber sido derogada expresamente, de manera que no está produciendo efectos y por ende, carece de efectos prácticos estudiar la suspensión provisional. En consecuencia se negará la solicitud de suspensión respecto de ese acto administrativo.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto de los actos que definieron las condiciones y el cronograma para el cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas / COMPETENCIA DE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – Para establecer las condiciones de confiabilidad y conexión en línea de los juegos de suerte y azar / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se debe realizar un estudio cuidadoso de los antecedentes administrativos / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Improcedencia al no acreditar y no evidenciarse la violación alegada

COLJUEGOS profirió la Resolución 1400 de 25 de julio de 2014, mediante la cual se definieron las condiciones de cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas y, para ello, determinó los mecanismos de aplicación gradual de la conexión en línea y tiempo real y fijó un cronograma progresivo de conexión por el lapso de 19 meses a partir de la entrada en vigencia de ese acto. [...] Dicho acto fue modificado por las Resoluciones 3442 de 29 de abril de 2015 y 3890 de 19 de junio de 2015, a través de las cuales se implementaron reformas respecto del cronograma de conexión señalado. En específico, esta última determinó que el cobro por derechos de explotación se realizaría a partir del 1º de octubre de 2015 aplicando la tarifa variable antes señalada respecto de cada máquina electrónica tragamonedas. [...] [E] Despacho advierte que para absolver el cargo formulado por los demandantes resulta necesario determinar, en primer lugar, si es cierto o no que la reglamentación sobre las condiciones de confiabilidad en la operación de los juegos de suerte y azar localizados no ha sido expedida y que para ello se requiere de la práctica de pruebas, toda vez que en la solicitud de suspensión provisional no obra ningún medio de convicción que así lo acredite. Así entonces, en este punto, los argumentos expuestos por los demandantes en la solicitud de suspensión provisional no hacen evidente la violación que en su criterio se configura en los actos acusados y por el contrario, para poder determinar si las Resoluciones efectivamente vulneran las normas superiores invocadas por los actores, es necesario realizar un análisis ponderado de los antecedentes administrativos de

aquellos, así como de las pruebas que se practiquen en el proceso y de las alegaciones que presenten las partes en el curso del trámite.

TARIFA DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE JUEGOS LOCALIZADOS – Cobro / TARIFA DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE JUEGOS LOCALIZADOS – Se estableció en atención a las distintas modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos

Al examinar los actos acusados, a la luz del fundamento normativo citado [Ley 643 de 2001 artículo 34], tampoco se advierte que de entrada se configure la vulneración alegada, pues no es cierto que el artículo antes citado señale expresamente que el cobro de la tarifa de derechos de explotación de juegos localizados deba hacerse en consideración al total de máquinas electrónicas tragamonedas que posea cada operador. Por el contrario, en esa instancia, la lectura del artículo pone de presente que en él se establecen tarifas diferenciadas en atención a las distintas modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio. En específico, respecto de las máquinas electrónicas tragamonedas el legislador asignó un valor fijo que depende de la apuesta con la cual opera la máquina y no propiamente, como lo sugieren los demandantes, que la base de liquidación de la tarifa la constituye la totalidad de máquinas y que, por ende, el derecho de explotación no se podría cobrar respecto de cada elemento de juego.

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Tercera y Primera, de 17 de marzo de 2015, Radicación 11001-03-15-000-2014-03799-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; 29 de mayo de 2014, Radicación 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 18 de julio de 2002, Radicación 27001-23-31-000-2001-00013-01 (22477), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y 25 de junio de 2015, Radicación 11001-03-24-000-2016-00163-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 4142 DE 2011 / LEY 643 DE 2001 – ARTÍCULO 34

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 724 DE 2013 (14 de junio) EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – ARTÍCULO 8 (No suspendido) / RESOLUCIÓN 1400 DE 2014 (25 de julio) EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – ARTÍCULO 10 (No suspendido) / RESOLUCIÓN 3442 DE 2015 (29 de abril) EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – ARTÍCULO 2 (No suspendido) / RESOLUCIÓN 3890 DE 2015 (19 de junio) EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – ARTÍCULO 2 (No suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00412-00

Actor: CARLOS FERNANDO ZARAMA Y CESAR CAMILO CERMEÑO CRISTANCHO

Demandado: EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – COLJUEGOS

Referencia: Medio de control de nulidad

Atendiendo lo previsto en el proveído del 30 de julio de 2018, mediante el cual el Consejero de Estado Hernando Sánchez Sánchez remitió el presente proceso a este despacho, en cumplimiento de la medida de compensación ordenada en el Acuerdo 094 del 16 de mayo del año en curso proferido por la Sala plena de esta Corporación, se **AVOCA** el conocimiento del asunto.

En consecuencia, el Despacho decide la solicitud de medida cautelar presentada por los ciudadanos Carlos Fernando Zarama Vásquez y César Camilo Cermeño Cristancho, en nombre propio, consistente en que se decrete la suspensión provisional del artículo 8º de la Resolución 724 de 14 de junio de 2013, el artículo 10º de la Resolución 1400 del 25 de julio de 2014, el artículo 2º de la Resolución 3442 de 29 de abril de 2015 y el artículo 2º de la Resolución 3890 de 19 de junio de 2015, proferidas por la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, en adelante COLJUEGOS.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

Los ciudadanos Carlos Fernando Zarama Vásquez y César Camilo Cermeño Cristancho, instauraron demanda en ejercicio del medio de control de nulidad en contra de los apartes de los actos administrativos expedidos por COLJUEGOS que se enuncian a continuación:

“RESOLUCIÓN 724 DE 2013.

Por medio de la cual se fija el trámite y los requisitos para la autorización y concesión de la operación de juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO OCTAVO.- DERECHOS DE EXPLOTACIÓN JUEGOS LOCALIZADOS CONECTADOS EN LÍNEA. Los operadores de juegos localizados que se encuentren conectados en línea, pagarán por derechos de explotación el mayor valor que resulte entre lo que generarían las tarifas a que se refiere el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 o el porcentaje previsto en el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010.”

“RESOLUCIÓN 1400 DE 2014

Por la cual se definen las condiciones y el cronograma para el cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas – MET

ARTÍCULO DÉCIMO- TARIFA. Por cada MET de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, se cobrará por concepto de derechos de explotación el mayor valor obtenido entre la aplicación de las tarifas por apuesta establecidas en el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 y el 12% de los ingresos brutos menos el monto de los premios pagados.

PARÁGRAFO. Una vez conectada la MET si se presenta el no envío de información, Coljuegos aplicará de forma proporcional la tarifa a que hace referencia el artículo 34 de la Ley 643 de 2001, sin perjuicio de los procedimientos administrativos sancionatorios a que haya lugar.”

“RESOLUCIÓN 3442 DE 2015

Por la cual se modifica la Resolución 1400 de 2014 “Por la cual se definen las condiciones y el cronograma para el cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas - MET

ARTÍCULO SEGUNDO. Modificar el artículo décimo de la Resolución 14000 de 2014. El citado artículo Décimo de la Resolución 1400 de 2014 quedará así:

“ARTÍCULO DÉCIMO – TARIFA. De conformidad con el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, a partir del 25 de junio de 2015, se cobrará por concepto de derechos de explotación, por cada MET, el mayor valor obtenido entre la aplicación de lo establecido en el artículo 34 de la ley 643 de 2001 y el 12% de los ingresos brutos menos el monto de los premios pagados.”

“RESOLUCIÓN 3890 DE 2015

Por la cual se modifica la Resolución 1400 de 2014 “Por la cual se definen las condiciones y el cronograma para el cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas – MET”

Artículo 2°. Modificar el artículo 10 de la Resolución 1400 de 2014. El artículo 10 de la Resolución 1400 de 2014 quedará así:

“Artículo 10. Tarifa. De conformidad con el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, a partir del primero (1°) de octubre de 2015, se cobrará por concepto de derechos de explotación, por cada MET, el mayor valor obtenido entre la aplicación de lo establecido en el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 y el 12% de los ingresos brutos menos el monto de los premios pagados.”

1.2. Solicitud de suspensión provisional

Los demandantes consideran que las Resoluciones demandadas vulneran los artículos 336 de la Constitución Política y 14 de la Ley 1393 de 2010.

Al respecto indicaron que el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1393 de 2010 señala que el pago de la tarifa variable por derechos de explotación solo podrá exigirse a los operadores de juegos localizados luego de que hayan sido expedidos los dos reglamentos referidos en dicha disposición, es decir, aquellos que establecen las condiciones de confiabilidad en la operación de juegos de suerte y azar y los que señalan los estándares y requerimientos mínimos que permitan la conexión de las máquinas en línea y en tiempo real.

En ese orden, reprocharon que en la Resolución 1400 de 2014 se determinó que el establecimiento de las condiciones mínimas de confiabilidad de los elementos de juego se realizaría de forma posterior a la terminación del cronograma para garantizar la conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas y, pese a ello, en la misma norma se instauró el cobro de una tarifa variable. En criterio de los demandantes, dicha circunstancia pone de presente que los actos acusados se fundamentaron en una norma que no se encontraba vigente por cuanto estaba condicionada a la expedición de dos reglamentos que aún no habían sido proferidos.

A lo anterior agregaron que el Decreto 4142 de 2011 derogó los incisos primero y tercero del artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, en donde se definía cuáles eran los reglamentos a los que se condicionaba el cobro de la tarifa variable, razón por la cual la redacción de esta última disposición quedó en términos confusos que la

hacen inaplicable y, por lo mismo, consideran que no podían desarrollar la aludida tarifa.

En adición, señalaron que las Resoluciones excedieron la facultad reglamentaria al establecer el cobro de la tarifa por derechos de explotación por cada máquina electrónica tragamonedas, ya que el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010 no hace referencia al recaudo en esos términos y, por el contrario, en el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 se señaló expresamente que el cobro debe hacerse respecto del tipo de juego, es decir, tomando como base el conjunto de máquinas y no en consideración a cada una.

En consecuencia, solicitaron la suspensión de los actos acusados en consideración a la violación evidente de las normas constitucionales y legales expuestas.

1.3. Traslado de la solicitud

Mediante auto de 2 de diciembre de 2015 el despacho sustanciador ordenó correr traslado de la petición a la entidad demandada, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

La apoderada de COLJUEGOS se opuso a la solicitud de suspensión provisional argumentando que los actos acusados fueron expedidos en ejercicio de las facultades que la Ley le otorga a dicha entidad para proferir actos administrativos encaminados a establecer las condiciones de confiabilidad en la operación de los juegos de suerte y azar localizados, así como los estándares y requerimientos técnicos mínimos que permitan su efectiva conexión en línea y en tiempo real para identificar, procesar y vigilar el monto de los premios y de los ingresos brutos, como base del cobro de los derechos de explotación y gastos de administración.

A lo anterior, agregó que el artículo 5 del Decreto Ley 4142 de 2011 reconoce a COLJUEGOS, entre otras, las funciones de definir y desarrollar diferentes esquemas de operación de los juegos de suerte y azar de su competencia, administrar los aspectos relacionados con las obligaciones derivadas de los derechos de explotación y gastos de administración y establecer las condiciones de confiabilidad de la operación de juegos de suerte y azar localizados, así como las condiciones de conexión en línea y tiempo real.

En ese orden, destacó que no existe contradicción entre las Resoluciones demandadas y la Ley 1393 de 2010 ni el Decreto Ley 4142 de 2011, pues COLJUEGOS es la llamada a expedir la reglamentación de las condiciones de confiabilidad señaladas.

En el mismo sentido, destacó que en sentencia C-1191 de 2011 la Corte Constitucional explicó que la reglamentación que expida la autoridad administrativa sobre el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar no puede considerarse ilegal *per se*, por cuanto el principio de reserva legal en esa materia no implica que la ley deba necesariamente agotar todo el contenido de esa regulación. Así, los actos reglamentarios que fijen condiciones en la operación de juegos de suerte y azar no están viciados de nulidad ya que la posibilidad de expedirlos es constitucional y no implica una usurpación de las funciones del legislador.

De otra parte, indicó que de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 los derechos de explotación en juegos localizados se cobran por elemento de juego, es decir, por cada máquina de manera individual y no por clase o tipo de juego como entiende la parte demandante, por lo que, en tratándose de máquinas electrónicas tragamonedas se asigna un valor fijo que depende de la apuesta con la cual opera la máquina. En consecuencia, manifestó que en los actos acusados no se configuró la falsa motivación y que con ellos no se violaron las normas de rango superior invocadas, pues es la misma Ley la que señala que el cobro debe hacerse por cada máquina.

Por todo lo anterior, señaló que en el presente asunto no se cumple el supuesto del artículo 231 del CPACA pues de la confrontación entre las normas demandadas y la que se aduce violada no se advierte la ilegalidad alegada por la parte demandante.

II. CONSIDERACIONES

2.1. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos

En el marco de las diversas medidas cautelares establecidas en el CPACA¹ se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, prevista en el artículo 238 de la Constitución Política. Entre sus características principales se destaca que busca evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida.

Respecto a esta medida cautelar, la Ley 1437 de 2011 expresamente hace referencia a la confrontación de legalidad que debe efectuar el juez, esto es, el análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas, sin que ello constituya un prejujuamiento. Frente a la manera en la que el juez debe abordar ese análisis inicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente número. 2014-03799), señaló: *“[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejujuamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]”*.

Así mismo, la Ley 1437 de 2011 definió los requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional, tanto en acciones de nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto en el inciso primero del artículo 231,

¹ El artículo 230 del CPACA señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “vulnerante o amenazante”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (párrafo).

dispuso que: *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”*.

2.2. Caso concreto

2.2.1. Frente al artículo 8º de la Resolución 724 de 14 de junio de 2013.

Los demandantes solicitaron la suspensión provisional del artículo 8 de la Resolución 724 de 14 de junio de 2013, *“por medio de la cual se fija el trámite y los requisitos para la autorización y concesión de la operación de juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados y se dictan otras disposiciones”*; sin embargo, el Despacho advierte que el artículo 29 de la Resolución 20182300011754 de 28 de marzo de 2018² derogó de forma expresa la Resolución demandada.

Al respecto resulta necesario precisar que la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 229 y siguientes del CPACA se caracteriza por su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, que pretende evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida, con el fin de proteger los intereses generales dentro de un Estado Social de Derecho³.

Por ello, la jurisprudencia ha señalado que es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo efectos jurídicos⁴, pues aunque la norma no lo prevé,

² “Por medio de la cual se fija el trámite y los requisitos para la autorización y concesión de la operación de juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados”.

³ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, Auto de 15 de diciembre de 2017, Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00163-00, Actor: Lina Marcela Muñoz Ávila y Otros.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera subsección “C”, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 29 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00034-00 (50221), Actor: Colgems Ltda. CI. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier

es lógico, de la naturaleza misma de la medida cautelar, que el acto acusado esté surtiendo efectos que puedan ser suspendidos provisionalmente.

En ese orden, el juez contencioso, al analizar la procedencia de la medida cautelar, debe verificar previamente que el acto demandado éste produciendo efectos dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que si se decreta la medida, su finalidad se concreta a evitar transitoriamente que dichos efectos se sigan generando, lo que evidentemente no ocurriría si el acto ya se encuentra derogado.

En ese sentido, el Despacho evidencia que la Resolución 724 de 2013 salió del ordenamiento jurídico al haber sido derogada expresamente, de manera que no está produciendo efectos y por ende, carece de efectos prácticos estudiar la suspensión provisional. En consecuencia se negará la solicitud de suspensión respecto de ese acto administrativo.

2.2.2. Frente al artículo 10º de la Resolución 1400 de 2014, el artículo 2º de la Resolución 3442 de 2015 y el artículo 2º de la Resolución 3890 de 2015.

Los demandantes pretenden que se suspendan los efectos jurídicos de los acápite señalados de las Resoluciones objeto de la demanda, por lo cual el despacho examinará si: ¿se advierte *prima facie* una vulneración del ordenamiento jurídico superior en las resoluciones que señalan la tarifa a pagar por derechos de explotación de juegos localizados conectados en línea y máquinas electrónicas tragamonedas?

En síntesis, los actores aducen que en los actos demandados se dio aplicación a la tarifa variable por derechos de explotación consagrada en el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, desconociendo, en primer lugar, que la vigencia de dicha disposición legal estaba condicionada a la expedición de dos reglamentos y solo fue proferido uno de ellos, razón por la que no era viable hacer exigible el cobro de la señalada tarifa; e ignorando, en segundo lugar, que el Decreto 4142 de 2011 derogó los incisos primero y tercero del señalado artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, en donde se definía cuáles eran los reglamentos a los que se condicionaba el cobro de la tarifa variable, razón por la cual la dicha disposición era inaplicable.

Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de 18 de julio de 2002, Exp. 22477, en la que se precisó que: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos - y por consiguiente el perjuicio - se ha consumado.”

En adición, consideran que las Resoluciones que se demandan excedieron la potestad de reglamentación al definir que la tarifa se calcularía por cada máquina electrónica tragamonedas, siendo que la competencia para definir el ámbito de aplicación de la tarifa recae en el legislador y éste la ejerció a través de la Ley 643 de 2001, que la definió en consideración al tipo de juego.

2.2.2.1. Frente al primer cargo, es preciso señalar que el inciso primero del artículo 14 de la Ley 1393 de 2010⁵, establecía: “[...] *Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud establecer las condiciones de confiabilidad en la operación de los juegos de suerte y azar localizados, así como los estándares y requerimientos técnicos mínimos que permitan su efectiva conexión en línea y en tiempo real para identificar, procesar y vigilar el monto de los premios y de los ingresos brutos como base del cobro de derechos de explotación y gastos de administración [...]*”.

En el inciso segundo de la misma disposición se señaló “[...] *Una vez expedidos y vigentes los reglamentos aquí previstos, los operadores de juegos localizados pagarán por derechos de explotación el mayor valor que resulte entre lo que generarían las tarifas a que se refiere el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 o el porcentaje del doce (12%) sobre los ingresos brutos menos el monto de los premios pagados. [...]*”.

Mediante el Decreto Ley 4142 de 3 de noviembre de 2011 se derogó el primer inciso del artículo 14 de la Ley 1393 de 2010⁶ y en su artículo 5 se estableció como una de las funciones de COLJUEGOS “[...] *establecer las condiciones de confiabilidad en la operación de los juegos de suerte y azar localizados, así como los estándares y requerimientos técnicos mínimos que permitan su efectiva conexión en línea y en tiempo real para identificar, procesar y vigilar el monto de los premios y de los ingresos brutos como base del cobro de derechos de explotación y gastos de administración; para lo cual establecerá la gradualidad en la implementación de este mecanismo por parte de los operadores. [...]*”.

⁵ Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.

⁶ **“ARTÍCULO 25. DEROGATORIAS. El presente decreto deroga** el inciso 2o del artículo 33, el inciso segundo del artículo 36, el inciso segundo del artículo 38, el inciso primero del artículo 44 y el artículo 45 de la Ley 643 de 2001; **los incisos primero y tercero del artículo 14 de la Ley 1393 de 2010** y los incisos primero y segundo del artículo 19; y las demás normas que le sean contrarias, de conformidad con el régimen de transición dispuesto en el artículo 24 del presente decreto.”

Así entonces, el aludido Decreto Ley 4142 de 2011 reasignó la competencia para establecer las condiciones de confiabilidad y conexión en línea de los juegos de suerte y azar en cabeza de COLJUEGOS y por lo mismo, derogó de forma expresa la disposición que contemplaba dicha obligación como una función a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.

Ahora bien, el señalado Decreto no introdujo ninguna modificación respecto del inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, que señala la tarifa variable para el cobro de los derechos de explotación sobre los juegos de suerte y azar localizados y condiciona su pago a la expedición y vigencia de los reglamentos de confiabilidad y conexión en línea a que se refería el derogado inciso primero de la misma norma.

En esa medida, la aplicación lógica de dicha disposición lleva a entender que, en la actualidad, el pago de la tarifa variable por los derechos de explotación se encuentra supeditado a que COLJUEGOS, en ejercicio de sus funciones, establezca las condiciones de confiabilidad en la operación de los juegos de suerte y azar localizados, así como los estándares y requerimientos técnicos mínimos que permitan su efectiva conexión en línea y en tiempo real.

En *sub examine* se advierte que COLJUEGOS profirió la Resolución 1400 de 25 de julio de 2014, mediante la cual se definieron las condiciones de cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas y, para ello, determinó los mecanismos de aplicación gradual de la conexión en línea y tiempo real y fijó un cronograma progresivo de conexión por el lapso de 19 meses a partir de la entrada en vigencia de ese acto.

En su artículo 10 la Resolución dispuso que la tarifa a pagar por concepto de derechos de explotación por cada máquina electrónica tragamonedas sería el mayor valor que resultare de la comparación entre el monto obtenido con la aplicación de las tarifas por apuesta establecidas en el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 y el monto equivalente al 12% de los ingresos brutos de los premios pagados.

Dicho acto fue modificado por las Resoluciones 3442 de 29 de abril de 2015 y 3890 de 19 de junio de 2015, a través de las cuales se implementaron reformas respecto del cronograma de conexión señalado. En específico, esta última determinó que el cobro por derechos de explotación se realizaría a partir del 1º de octubre de 2015

aplicando la tarifa variable antes señalada respecto de cada máquina electrónica tragamonedas.

Los demandantes señalan que para el momento en que fueron proferidas las Resoluciones demandadas, COLJUEGOS no había expedido el reglamento sobre las condiciones de confiabilidad en la operación de juegos de suerte y azar localizados y, pese a ello, sí fijó la tarifa a cobrar por concepto de derechos de explotación siendo exigible, según lo previsto en la Resolución 3890 de 2015, a partir del primero de octubre de 2015.

Al respecto, el Despacho advierte que para absolver el cargo formulado por los demandantes resulta necesario determinar, en primer lugar, si es cierto o no que la reglamentación sobre las condiciones de confiabilidad en la operación de los juegos de suerte y azar localizados no ha sido expedida y que para ello se requiere de la práctica de pruebas, toda vez que en la solicitud de suspensión provisional no obra ningún medio de convicción que así lo acredite.

Así entonces, en este punto, los argumentos expuestos por los demandantes en la solicitud de suspensión provisional no hacen evidente la violación que en su criterio se configura en los actos acusados y por el contrario, para poder determinar si las Resoluciones efectivamente vulneran las normas superiores invocadas por los actores, es necesario realizar un análisis ponderado de los antecedentes administrativos de aquellos, así como de las pruebas que se practiquen en el proceso y de las alegaciones que presenten las partes en el curso del trámite.

Por consiguiente, comoquiera que el artículo 231 del CPACA establece que para que proceda la suspensión provisional es indispensable que los argumentos expuestos en la solicitud pongan de presente la incongruencia entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas que permitan concluir, en un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso al interés público negar la medida que concederla, y esto, por lo antes expuesto, no se encuentra acreditado en este estado del proceso, el mencionado cargo no prospera para conceder la medida provisional solicitada.

2.2.2.1. Ahora bien, en cuanto al segundo argumento expuesto por los actores, debe tenerse en cuenta que el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 es del siguiente tenor:

“[...] Artículo 34: DERECHOS DE EXPLOTACIÓN. Los concesionarios u operadores autorizados para la operación de juegos localizados pagarán a título de derechos de explotación las siguientes tarifas mensuales:

	Descripción del juego	Tarifa
1.	Máquinas tragamonedas	% de un salario mínimo mensual legal vigente
	Máquinas tragamonedas 0 - \$500	30%
	Máquinas Tragamonedas \$500 en adelante	40%
	Progresivas interconectadas	45%
2.	Juegos de casino	Salario mínimo mensual legal vigente
	Mesa de Casino (Black Jack, Póker, Bacará, Craps, Punto y banca, Ruleta)	4
3.	Otros juegos diferentes (esferódromos, etc.)	4
4.	Salones de bingo	Salario mínimo diario legal vigente
4.1	Para municipios menores de 100.000 habitantes cartones hasta 250 pesos tarifa por silla	1.0
4.2	Para municipios menores de 100.000 habitantes cartones de más de 250 pesos tarifa por silla	1.5
	Ningún bingo pagará tarifa inferior a la establecida para cien (100) sillas en los municipios menores de cien mil (100.000) habitantes.	
4.3	Para municipios mayores de 100.000 habitantes cartones hasta 250 pesos tarifa por silla	1.0
	Cartones de más de 250 hasta 500 pesos tarifa por silla	1.5
	Cartón de más de 500 pesos tarifa por silla	3.0
	Sillas simultánea interconectadas	Se suma un salario mínimo diario legal vigente en cada ítem anterior.
	Ningún bingo pagará tarifa inferior a la establecida para doscientas (200) sillas.	

Al examinar los actos acusados, a la luz del fundamento normativo citado, tampoco se advierte que de entrada se configure la vulneración alegada, pues no es cierto que el artículo antes citado señale expresamente que el cobro de la tarifa de derechos de explotación de juegos localizados deba hacerse en consideración al total de máquinas electrónicas tragamonedas que posea cada operador.

Por el contrario, en esa instancia, la lectura del artículo pone de presente que en él se establecen tarifas diferenciadas en atención a las distintas modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio. En específico, respecto de las máquinas electrónicas tragamonedas el legislador asignó un valor fijo que depende de la apuesta con la cual opera la máquina y no propiamente, como lo sugieren los demandantes, que la base de liquidación de la tarifa la constituye la totalidad de máquinas y que, por ende, el derecho de explotación no se podría cobrar respecto de cada elemento de juego.

Así las cosas, al examinar los actos cuestionados, en este estado de la actuación y en consideración a los sustentos de la solicitud de suspensión provisional, el Despacho concluye que no se reúnen los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA, pues no se advierte *prima facie* una vulneración del ordenamiento jurídico superior. En consecuencia, se denegará la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria,

RESUELVE:

NEGAR la suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 8º de la Resolución 724 de 14 de junio de 2013, el artículo 10º de la Resolución 1400 del 25 de julio de 2014, el artículo 2º de la Resolución 3442 de 29 de abril de 2015 y el artículo 2º de la Resolución 3890 de 19 de junio de 2015, proferidas por la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS.

Notifíquese y cúmplase,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado