

Bogotá, 26 de Julio de 2019

Honorable Consejero de Estado
Dr. **OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA
Bogotá

Referencia: Radicado No.11001032400020150041200
Medio de Control: Acción de Nulidad
Demandante: Carlos Fernando Zarama y Cesar Camilo Cermeño
Demandado: COLJUEGOS

Respetado Consejero:

EVERT MONTERO CÁRDENAS, mayor de edad y domiciliado en esta ciudad, identificado con C.C No 79.392.422 de Bogotá, actuando como Representante Legal de la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Suerte y Azar – **FECOLJUEGOS-**, en mi calidad de **COADYUVANTE** de la demanda de la referencia interpuesta contra COLJUEGOS, me permito describir el traslado hecho por esa digna Corporación, de la solicitud de medidas cautelares presentadas por la parte actora, en los siguientes términos:

I. SOLICITUD MEDIDA CAUTELAR

El pasado 12 de julio, la parte actora presenta memorial solicitando dentro de este proceso, medidas cautelares en virtud del inciso final del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sustentado en que existen hechos sobrevinientes y en vista de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto.

Para esto el demandante presenta como argumento y prueba que sustenta la nueva solicitud de suspensión provisional del acto demandado, la expedición de Coljuegos de la Circular Externa No. 20191000000066 del 28 de junio de 2019, de cuyo contenido se puede demostrar que para la fecha de entrada en aplicación de la norma demandada, no estaban expedidas las condiciones de confiabilidad, y en efecto, el cobro que ha venido realizando Coljuegos a los operadores de máquinas electrónicas tragamonedas desde octubre de 2015 conforme a lo establecido en el artículo décimo de la Resolución 1400 de 2014 es ilegal por cuanto no estarían dadas las dos condiciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010 para efectuar el cobro de la tarifa allí establecida.

II. COADYUVANCIA EN SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El fundamento de la acción de nulidad y de la solicitada suspensión provional, se sustenta en la flagrante violación del artículo décimo de la Resolución 1400 de 2014 con el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010.

El artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, disponía:

ARTÍCULO 14. <Inciso derogado por el artículo 25 del Decreto 4142 de 2011> *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.*

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.*

<Inciso derogado por el artículo 25 del Decreto 4142 de 2011> *La Superintendencia Nacional de Salud determinará el mecanismo de aplicación gradual de esta norma, en función del tiempo que dure la implementación de las condiciones,*

estándares y requerimientos técnicos aquí mencionados, que será de dos (2) años contados a partir de la expedición de la presente disposición.

Una vez dispuesta la obligación de conectividad, se presumirá ilegal la máquina que no lo esté y, además de las sanciones por ilegalidad correspondiente, será objeto del respectivo decomiso”. (negrilla y subrayado fuera de texto).

La Resolución 1400 de 2014 en su artículo décimo consagra que:

“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 las tarifas (sic) 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”.*

Lo anterior demuestra claramente que lo dispuesto en el citado artículo décimo de la Resolución 1400 de 2014 resulta violatorio del mandato establecido en el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, pues al no haber estado expedido los reglamentos con las condiciones de confiabilidad de la operación de juegos localizados, no podría darse aplicación a lo establecido en la norma demanda.

Recuérdese que el Decreto Ley 4142 de 2011 y el decreto que lo modifica (Decreto 1451 de 2015), le otorgan a la Entidad como funciones principales, la de establecer las condiciones de confiabilidad y conectividad así:

Artículo 5. Decreto 4142 de 2011. Funciones de la Entidad. Subrogado por el artículo 2 del Decreto 1451 de 2015. *La Empresa Industrial y Comercial del Estado Coljuegos, en el marco del régimen propio de los juegos de suerte y azar, cumple con las siguientes funciones:*

(...)

11. 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... (negrilla y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, aunado a lo anterior y como un hecho y prueba sobreviniente en el marco del presente proceso, encontramos que la entidad expide la Circular Externa No. 20191000000000066 del 28 de Junio de 2019 en la que con ocasión de la aplicación del artículo 59¹ de la Ley 1955 de 2019, ratifica la inexistencia de las condiciones de confiabilidad, al afirmar que:

“Como se desprende de la lectura de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Congreso condicionó la aplicación de la tarifa del artículo 59 mencionado, al cumplimiento de las condiciones de conectividad y confiabilidad definidas por Coljuegos, eliminando la gradualidad en la implementación de estos mecanismos por parte de los operadores, prevista en el Decreto 1451 de 2015.

Al respecto, se precisa que mediante la Resolución 1400 de 2014 y sus modificaciones y anexos, expedidos por Coljuegos, se definieron las condiciones y el cronograma para el cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas electrónicas tragamonedas (MET), que hoy tiene un nivel de cumplimiento superior al 98%

Así mismo, se anuncia que la entidad cuenta con un cronograma de trabajo para expedir el acto administrativo que fije las condiciones de confiabilidad de las MET (...)

Sumado a lo anterior, Coljuegos en respuesta dada el 15 de julio de 2019 bajo radicado No. 201912800383781, afirmó:

*“(...) teniendo en cuenta lo anterior, COLJUEGOS mediante Resolución 1400 de 2014, definió las condiciones y el cronograma para el cumplimiento de la obligación de conectividad de las máquinas tragamonedas –MET-, que hoy tiene un cumplimiento superior al 98%, **y más no de confiabilidad.***

De igual forma, en la parte considerativa de dicho acto administrativo se dejó de

¹ Artículo 59 Ley 1955 de 2019: CONDICIONES DE OPERACION EN LINEA Y EN TIEMPO REAL DE LOS JUEGOS LOCALIZADOS. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, el cual quedara así:

“ARTICULO 14. CONDICIONES DE OPERACION EN LINEA Y EN TIEMPO REAL DE LOS JUEGOS LOCALIZADOS. Los operadores de Juegos de Suerte y Azar Localizados que cumplan con las condiciones de conectividad y confiabilidad establecidos por la entidad administradora del monopolio pagaran a título de derecho de explotación el doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos menos el monto de los premios pagados calculados sobre la totalidad de los elementos de juego autorizados en el contrato de concesión (...): (Negrilla y subraya fuera de texto)

manera expresa que “El proceso para el establecimiento de las condiciones mínimas de confiabilidad de los elementos de juego [homologación], se realizará de forma posterior a la terminación del cronograma para el cumplimiento de la obligación de conectividad de las MET establecido en el presente acto administrativo”.

Y más adelante indica:

“De esta manera, es claro que una vez se expidan las condiciones de confiabilidad y estas sean cumplidas junto con las condiciones de conectividad por parte de los operadores de juegos de suerte y azar localizados, que suscribieron contratos con posterioridad a la promulgación de la Ley 1955 de 2019 (...)

Mientras esto sucede, los operadores de juegos de suerte y azar deberán cancelar por la explotación de los Juegos de Suerte y Azar, las tarifas establecidas en el artículo 34 de la Ley 643 de 2001, toda vez que esta disposición no fue derogada de manera tácita o expresa por la nueva norma”.
(Negrilla y subraya fuera de texto).

Así las cosas y frente a los pronunciamientos realizados por la Entidad demandada y lo contenido en varios actos administrativos donde de manera expresa ha manifestado que las condiciones de confiabilidad no han sido expedidas a la fecha y que debe aplicarse la tarifa establecida en el artículo 34 de la Ley 643 de 2001, resulta demostrado que al no existir las dos condiciones confiabilidad + conectividad, no resulta posible la aplicación del artículo 14 de la Ley 1393 de 2010 y por sustracción de materia, el artículo 10 de la Resolución 1400 de 2010; resultando esta última norma contraria al ordenamiento superior y por consiguiente se encuentra viciada de nulidad.

Ahora bien, ante la solicitud inicial de practicar la medida cautelar, el Honorable Magistrado en Auto del 8 de Octubre de 2018 señala en la parte considerativa respecto al cobro de la tarifa variable (contemplada en el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010) que:

“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 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 (Negrilla y subraya fuera de texto)

No obstante, se abstiene de decretar la medida cautelar, pues es *“necesario determinar, en primer lugar, si es cierto o no que la reglamentación sobre las condiciones de confiabilidad en la operación de juegos localizados no ha sido expedidas”*.

Sobre este particular, la Circular Externa No. 20191000000000066 del 28 de Junio de 2019 proferida por Coljuegos en la que sustenta la no aplicación del artículo 59 de la Ley 1955 de 2019, por la inexistencia de las condiciones de confiabilidad, se considera como un hecho posterior de relevancia en el presente proceso y que prueba de manera contundente que no existen las condiciones de confiabilidad y por consiguiente el artículo décimo de la Resolución 1400 de 2014 resulta ilegal por estar en contravía de lo ordenado en el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010.

Al estar viciado de nulidad el demandado el artículo 8 de la Resolución 724 de 2013, el artículo décimo de la Resolución 1400 de 2014 y el artículo 2 de la Resolución 3890 de 2015, por estar en contravía de lo dispuesto en una norma superior como lo es el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010, resulta demostrable que el cobro que se ha venido haciendo a los operadores de juegos localizados desde octubre de 2015 sustentado en las normas acusadas, igualmente está viciado de nulidad por ilegalidad.

Ahora bien, si bien por mandato constitucional el monopolio de juegos de suerte y azar es de arbitrio rentístico y los recursos de su explotación tienen una destinación específica para la salud, no por esto queda justificado el cobro que por derechos de explotación ha venido haciendo la entidad a los operadores de máquinas electrónicas tragamonedas desde octubre de 2015 en aplicación de las normas viciadas de nulidad, pues precisamente el origen o la fuente de este cobro resulta claramente violatorio de la ley.

Frente a esto, resulta oportuno mencionar que el principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador.

Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

Conforme a todo lo anterior, con las normas acusadas se encuentra que Coljuegos ha obrado en contravía de los mandatos superiores, concretamente contrario a lo establecido y ordenado en el artículo 14 de la Ley 1393 de 2010 y por consiguiente en contravía del principio de legalidad que debe regir y primar en el ejercicio del poder del estado.

III. PRUEBAS

Se solicita se tengan como pruebas los siguientes documentos:

Copia de la respuesta dada por Coljuegos bajo el radicado No. 201912800383781 dada por Coljuegos a petición de aplicar el artículo 59 de la Ley 1955 de 2019.

IV. PETICIÓN

Conforme a las consideraciones acá expuestas, me permito COADYUVAR la solicitud de SUSPENSIÓN PROVISIONAL solicitada por la parte actora.

Del Honorable Consejero de Estado;



EVERT MONTERO CÁRDENAS
C.C No. 79.392.422