

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS - Entre la Superintendencia Nacional de Salud y COLJUEGOS / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Tiene la potestad sancionatoria para asegurar el adecuado recaudo y giro de los recursos para la salud provenientes de los juegos de suerte y azar. Es competente para resolver sobre la solicitud de revocatoria directa de la sanción que impuso en la resolución 3671 de 2011 / COLJUEGOS - Le corresponden las atribuciones de fiscalización y sancionatorias de los artículos 43 y 44 de la Ley 643 de 2001 antes en cabeza de ETESA y posteriormente de la DIAN / CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Sus funciones respecto de los juegos de carácter territorial no comprenden la posibilidad de imponer sanciones / REVOCATORIA DIRECTA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO - La competencia para decidirlo recae en la autoridad que lo expidió o en sus superiores jerárquicos o funcionales excepto que se traslade la competencia material de una autoridad administrativa a otra

La potestad sancionatoria para asegurar el adecuado recaudo y giro de los recursos que la explotación de juegos de suerte y azar debe producir para la salud, es una competencia propia de la Superintendencia Nacional de Salud, que se ha mantenido inalterada en las Leyes 643 y 715 de 2001 y 1438 de 2011. Los cambios normativos relacionados con la liquidación de ETESA y la posterior creación de COLJUEGOS, no modificaron esa circunstancia, pues, como también se explicó, tales ajustes institucionales se centraron en la definición y estructuración de la entidad encargada de la administración y explotación de los juegos de suerte y azar a nivel nacional, de lo cual, en lo que respecta a este conflicto, sólo se derivó un cambio la titularidad de la potestad sancionatoria prevista en el artículo 44 de la Ley 643 de 2001. Potestad que, estando en cabeza de COLJUEGOS y de los administradores territoriales, es en todo caso diferente a la que ahora se revisa, pues en ninguna de sus tres causales sería posible adecuar la conducta sancionada en la Resolución 3671 de 2011. Por su parte, como también se señaló, las funciones de la Comisión Nacional de Juegos de Suerte y Azar respecto de los juegos de carácter territorial, son esencialmente de orientación y regulación y no comprenden la posibilidad de imponer sanciones. De lo anterior se concluye que la solicitud de revocatoria directa de la Resolución 3671 de 2001 deberá ser resuelta por la Superintendencia Nacional de Salud, en cuanto que la competencia con base en la cual se expidió dicho acto sancionatorio no ha pasado a ninguna otra entidad. En todo caso, como se señaló, la Superintendencia deberá revisar oficiosamente, al estudiar la solicitud de revocatoria, si realmente la irregularidad detectada era objeto de sanción por ella o si quedaba resuelta con la investigación fiscal que en su momento se adelantó.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 / LEY 715 DE 2001 / LEY 643 DE 2001 / LEY 1393 DE 2010 / LEY 1437 DE 2011 / LEY 1438 DE 2011 / DECRETO LEY 4142 DE 2011 / DECRETO LEY 4144 DE 2011

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00092-00(C)

Actor: EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTISTICO COLJUEGOS

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, planteado por COLJUEGOS frente a la remisión hecha por la Superintendencia Nacional de Salud de una solicitud de revocatoria directa de un acto sancionatorio impuesto por esta última entidad.

I. ANTECEDENTES

COLJUEGOS señala como antecedentes del presente conflicto, lo siguiente:

1. Mediante Resolución 3671 del 31 de diciembre de 2011, la Superintendencia Nacional de Salud impuso una sanción pecuniaria al Departamento de Vaupés y a dos de sus funcionarios, al no haberse hecho licitación pública para el otorgamiento de una concesión de juegos de apuestas permanentes conforme a lo establecido en el artículo 22 de la ley 643 de 2001¹.
2. El 28 de junio de 2012 y el 23 de julio de 2012, los sancionados presentaron ante la Superintendencia Nacional de Salud sendas solicitudes de revocatoria directa del acto sancionatorio señalado en el numeral anterior.
3. El 29 de agosto de 2012, la Superintendencia Nacional de Salud remitió la solicitud de revocatoria a COLJUEGOS, considerando que la competencia del asunto es de esta última entidad en virtud del traslado de competencias previsto en los Decretos Leyes 4142 y 4144 de 2011, en concordancia con el Decreto Reglamentario 4961 de 2012.
4. COLJUEGOS, por su parte, niega su competencia para resolver tal solicitud y, en consecuencia, propone el presente conflicto negativo de competencias.

¹ Artículo 22. Explotación del juego de las apuestas permanentes o chance. Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley.

Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años." (se resalta)

COLJUEGOS aclara que si bien en su acto de creación (Decreto 4142 de 2011) se le asignaron algunas funciones de la DIAN y de ETESA, no recibió ninguna relacionada con procedimientos administrativos o judiciales adelantados por la Superintendencia Nacional de Salud. Advierte que ni esa entidad ni el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar (de quien ejerce la Secretaría Técnica) ejercen facultades sancionatorias, las cuales, en virtud del principio de legalidad deben ser expresas y no pueden obedecer a simples inferencias.

Igualmente señala que si bien es cierto que el Decreto 4142 de 2011 derogó el artículo 45 de la Ley 643 de 2001 sobre algunas funciones que tenía la Superintendencia Nacional de Salud en relación con los juegos de suerte y azar, lo cierto es que las potestades sancionatorias de la Superintendencia Nacional de Salud no se derivaban de la disposición derogada sino de las normas legales que regulan su propia actividad como ente de supervisión y control.

En síntesis, COLJUEGOS señala que el Decreto 4142 no derogó ni expresa ni tácitamente las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en relación con la vigilancia de la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos de la salud, ni sus amplias potestades sancionatorias sobre los entes vigilados, de manera que es a dicho ente de control a quien le corresponde resolver las solicitudes de revocatoria directa contra las sanciones que él mismo impuso.

II. ACTUACION PROCESAL

El conflicto de la referencia permaneció fijado mediante edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las entidades involucradas y demás personas con interés en el asunto presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Durante este término, únicamente intervino la **Superintendencia Nacional de Salud**, quien señala:

1. La Ley 643 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, le asignaba dos funciones esenciales a la Superintendencia Nacional de Salud: (i) vigilar el cumplimiento de dicha ley

(artículo 45) y (ii) la inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar (artículo 53).

En concordancia, Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de la educación y la salud, señaló en su artículo 68 que la Superintendencia Nacional de Salud sería la entidad competente para realizar la inspección, vigilancia y control de las normas constitucionales y legales el sector salud y de los recursos del mismo y que tendría la atribución de decidir la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud.

2. La anterior situación cambió porque el Decreto Extraordinario 4142 de 2011, le atribuyó a COLJUEGOS las funciones de inspección, control y vigilancia de los juegos de suerte y azar *del orden nacional* (artículo 5º), a la vez que el Decreto Extraordinario 4144 de 2011 le asignó al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar las funciones de inspección, control y vigilancia de los juegos de suerte y azar *del orden territorial* (artículo 2º, numerales 3 y 7). Además, porque el primero de los citados decretos derogó, entre otros, el artículo 45 de la Ley 643 de 2001, que le asignaba a la Superintendencia Nacional de Salud la vigilancia del cumplimiento de dicha ley.

3. En consecuencia, dice la Superintendencia Nacional de Salud, con la reforma al sector de juegos de suerte y azar del 2011 las funciones en relación con esta materia quedaron repartidas así:

- (i) Compete a la Superintendencia Nacional de Salud ejercer la inspección vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo (Art.68 de la Ley 715 de 2011);
- (ii) Compete igualmente a la Superintendencia Nacional de Salud la inspección vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar (art.53 de la Ley 643 de 2001 e inciso 1º del artículo 68 de la Ley 715 de 2001);
- (iii) También corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar empresas que cumplan funciones de explotación u operación de juegos de suerte y azar,

bien sea del orden nacional o territorial (artículos 68 de la Ley 715 de 2001 y 37 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 124 de la Ley 1438 de 2011).

(iv) Por su parte, compete a la Empresa Industrial y Comercial del Estado COLJUEGOS, a nivel nacional, y al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar a nivel territorial, la vigilancia sobre el cumplimiento de la Ley 643 de 2001 y *“demás aspectos propios de los sujetos que exploten u operen los juegos de suerte y azar, dentro de su respectiva órbita de competencia.”*

4. Concluye que *“en virtud de lo dispuesto en los decretos Ley 4142 y 4144 de 2011, es claro que la Superintendencia Nacional de Salud perdió competencia para seguir conociendo de la inspección, vigilancia y control de las empresas que sean administradoras u operadores de juegos de suerte y azar, correspondiéndole a COLJUEGOS dicha función en tratándose de juegos cuya explotación corresponde a la Nación y al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en tratándose de juegos cuya explotación corresponda a las entidades territoriales (...).”*

III. AUDIENCIA

A solicitud de COLJUEGOS y con fundamento en lo previsto en el artículo 35 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el 23 de enero de 2013 se llevó a cabo una audiencia para escuchar los argumentos de las entidades entre las que se genera el presente conflicto negativo de competencias administrativas.

En la citada audiencia cada uno de los intervinientes expuso sus razones para considerar que carecían de competencia para conocer del asunto. La Superintendencia Nacional de Salud insiste en que la derogatoria del artículo 45 de la ley 643 de 2001 le hizo perder sus competencias de vigilancia del cumplimiento de las normas de juegos de suerte y azar, salvo en lo relacionado con la inspección vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar (art.53 de la Ley 643 de 2001 e inciso 1º del artículo 68 de la Ley 715 de 2001).

Por su parte, COLJUEGOS reitera que tiene una función de administración y reglamentación de los juegos de suerte y azar de carácter nacional, pero no facultades sancionatorias distintas a las que se derivan de su relación contractual

con los concesionarios. Que, así mismo, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar carece por completo de competencias sancionatorias, al tratarse de un órgano colegiado que solamente dicta políticas y lineamientos para los juegos de suerte y azar de carácter territorial.

IV. CONSIDERACIONES

1. La competencia para resolver una solicitud de revocatoria directa y su aplicación al asunto planteado

De conformidad con el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, que sobre este particular mantiene la misma regla del Decreto 01 de 1984, la competencia para decidir sobre la revocatoria directa de un acto administrativo recae en el la autoridad que lo expidió o en sus superiores jerárquicos o funcionales.

Aunque la norma no lo señala expresamente, ello supone, como sucede respecto de cualquier acto administrativo, que dicha autoridad tiene a su vez competencia funcional o material para decidir de fondo sobre el asunto que es objeto de revocatoria. Ello porque el funcionario que decide la solicitud de revocatoria deberá tener competencia tanto para confirmar la decisión como para modificarla mediante un nuevo acto administrativo de sentido diferente al inicialmente expedido.

Por ello, como lo pone de presente el conflicto de competencias planteado ante la Sala, la regla del artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo admite una interpretación especial cuando quiera que la competencia material que permitió la expedición del acto inicial, se ha trasladado de una autoridad administrativa a otra.

En ese evento, resulta claro que si la autoridad administrativa que adoptó la decisión ha perdido su competencia funcional para decidir asuntos relacionados con la materia en cuestión, carecerá de facultades para resolver una solicitud de revocatoria directa, en tanto que no podría ni confirmar ni modificar el acto inicial.

De modo que la aplicación de la regla prevista en el citado artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, exige en casos como el presente, verificar si la competencia que dio origen al acto inicial se mantiene en la autoridad que adoptó la decisión o si la

misma se trasladó a una autoridad distinta, caso en el cual será esta última y no la primera la encargada de resolver sobre su eventual revocatoria directa.

En el presente conflicto de competencias administrativas, la Sala debe revisar entonces si la competencia funcional que dio origen al acto sancionatorio expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, permanece en dicha entidad (como lo sostiene COLJUEGOS) o si se traslado al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar (como lo afirma la mencionada Superintendencia). Solamente si se verificara esta segunda hipótesis, se podría concluir que la Superintendencia Nacional de Salud ya no es competente para resolver la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos que ella misma expidió y que el respectivo expediente debería trasladarse al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar para que decida de fondo sobre dicha petición.

Para ello se revisarán entonces las normas que fundamentan la potestad sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y verificará si fueron o no modificadas por los Decretos Ley 4142 y 4144 de 2011, por los cuales se creó COLJUEGOS y se modificó la estructura del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, respectivamente.

2. Las potestades sancionatorias en el sector de juegos de suerte y azar

Además de las sanciones disciplinarias, fiscales² y penales³ a que se pueden ver expuestos los diferentes actores del sector de juegos de suerte y azar, la Ley 643 de 2001 prevé dos grupos de sanciones administrativas propias de dicho sector, a saber:

² Ley 643 de 2001. ARTICULO 54. CONTROL FISCAL. Los recursos del monopolio son públicos y están sujetos a control fiscal, el cual será ejercido por el órgano de control que vigile al administrador del monopolio de acuerdo con las normas especiales sobre la materia.

³ Sin perjuicio de otras conductas penales en que puedan incurrir de los servidores públicos o los particulares, se consagra un tipo penal especial por la explotación ilegal de juegos de suerte y azar: "Artículo 312. Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. (modificado por el artículo 18 de la Ley 1393 de 2010): El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de este."

2.1) Las sanciones por evasión de los derechos de explotación del artículo 44. Titular de la potestad: administradores del monopolio de juegos de suerte y azar

Estas sanciones se encuentran en el Capítulo IX “Fiscalización, control y sanciones en relación con los derechos de explotación” de la ley 643 de 2001.

Luego de señalar las facultades de fiscalización que tienen las empresas, sociedades o entidades públicas *administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar* para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones a cargo de los concesionarios o destinatarios de autorizaciones⁴, el artículo 44 de la Ley 643 de 2001 establece **las sanciones** que tales administradores pueden imponer por evasión en los derechos de explotación, las cuales se circunscriben a tres eventos en particular:

- a) Cuando se detecten personas operando juegos de suerte y azar sin ser concesionarios o autorizadas;
- b) Cuando se detecte que los concesionarios o personas autorizadas omiten o incluyen información en su liquidación privada de los derechos de explotación de las cuales se origine el pago de un menor valor por concepto de los mismos; y
- c) Cuando se detecten errores aritméticos en las declaraciones de derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados, y cuando tales errores hayan originado un menor valor a pagar por dichos derechos.

En todo caso, el artículo 44 aclara que las sanciones a que se refiere dicho artículo se impondrán *“sin perjuicio del cobro de las multas o la indemnización contemplada en la cláusula penal pecuniaria pactada en los contratos de concesión, cuando a ello hubiere lugar y sin perjuicio del pago total de los derechos de explotación adeudados.”*

⁴ “Artículo 43. *Facultades de fiscalización sobre derechos de explotación.* Las empresas, sociedades o entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar tienen amplias facultades de fiscalización para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones a cargo de los concesionarios o destinatarios de autorizaciones para operar juegos de suerte y azar. Para tal efecto podrán:

- a) Verificar la exactitud de las liquidaciones de los derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados;
- b) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos u omisiones que causen evasión de los derechos de explotación;
- c) Citar o requerir a los concesionarios o autorizados para que rindan informes o contesten interrogatorios;
- d) Exigir del concesionario, autorizado, o de terceros, la presentación de documentos que registren sus operaciones. Todos están obligados a llevar libros de contabilidad;
- e) Ordenar la exhibición y examen parcial de libros, comprobantes y documentos, tanto del concesionario o autorizado, como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad;
- f) Efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta fiscalización y oportuna liquidación y pago de los derechos de explotación.”

Como se observa, son sanciones que recaen tanto sobre operadores ilegales (literal a) como legales (literales b y c), y que desde el inicio de la ley corresponde imponerlas a “*las entidades públicas administradoras del monopolio*”.

Inicialmente, en la estructura de la Ley 643 de 2001, tal función de administración y sancionatoria estuvo en *ETESA* en el orden nacional y *en los departamentos, distritos y municipios* en el nivel territorial⁵. A raíz de la liquidación de *ETESA* (Decreto 175 de 2010), la ley 1393 de 2010 trasladó sus funciones de administración a la *DIAN*⁶, a quien, como consecuencia de ello, también se le asignó la competencia para imponer las sanciones del artículo 44 de la ley 643 de 2001 en los tres eventos arriba señalados⁷.

Actualmente, como lo indican los intervinientes, las referidas funciones de *administración de los juegos de suerte y azar del orden nacional* se encuentran radicadas en *COLJUEGOS* conforme lo establece el Decreto 4142 de 2011⁸, según el cual corresponde a dicha entidad, entre otras funciones, las siguientes:

“1. Explotar y **administrar** los juegos de suerte y azar de su competencia”
(...)

⁵ En tal sentido, el decreto reglamentario 4643 de 2005 señalaba: “**Artículo 8º. Facultades de fiscalización y control a la explotación de juegos de suerte y azar.** Sin perjuicio de las facultades propias de la Superintendencia Nacional de Salud, corresponde a los municipios, al Distrito Capital, a los departamentos y a las demás entidades administradoras de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 643 de 2001, ejercer oportuna y efectivamente las facultades de fiscalización y control previstas en los artículos 4, 43 y 44 del mencionado estatuto, teniendo en cuenta la competencia funcional de la respectiva entidad administradora y el ámbito territorial en el cual se opera la respectiva modalidad de juegos de suerte y azar, así como imponer las sanciones correspondientes, a fin de evitar la explotación ilegal de juegos de suerte y azar, la proliferación de juegos no autorizados y en general de prácticas contrarias al régimen propio del monopolio. La omisión o extralimitación en el ejercicio de dichas facultades compromete la responsabilidad personal e institucional de las referidas entidades de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley.”

⁶ “Artículo 19. *Administración de derechos de explotación.* La Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales *DIAN*, tendrá a su cargo la administración de los derechos de explotación y los gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del orden nacional (...).”

⁷ “Artículo 20. *Sanciones por evasión de los derechos de explotación y gastos de administración.* Modifíquese el artículo 44 de la Ley 643 de 2001, que quedará así: *Artículo 44.* Sanciones por Evasión de los Derechos de Explotación. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar y de las sanciones administrativas y aduaneras que impongan las autoridades competentes, y de la responsabilidad fiscal, **las entidades públicas administradoras del monopolio del orden territorial y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, con el apoyo de la Policía Nacional, cuando las circunstancias lo exijan, **en relación con los derechos de explotación y gastos de administración de su competencia**, podrán imponer las siguientes sanciones por los siguientes hechos, mediante el procedimiento administrativo consagrado en la parte primera del Código Contencioso Administrativo, o el que lo modifique o sustituya, previa solicitud de explicaciones (...).”

⁸ Por el cual se crea la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, *COLJUEGOS*. El artículo 2 del Decreto señala: “Artículo 2. *Objeto.* La Empresa Industrial y Comercial del Estado, *COLJUEGOS*, tendrá como objeto la explotación, **administración**, operación y expedición de reglamentos de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que por disposición legal no sean atribuidos a otra entidad. Su domicilio será la ciudad de Bogotá D. C.” (se resalta)

“11. **Administrar** con la colaboración de terceros los derechos de explotación y los gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar de su competencia. Esto comprende su recaudación, **fiscalización**, liquidación, discusión, cobro, devolución, **sanción** y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos de explotación y gastos de administración.”

Como consecuencia de lo anterior, las atribuciones de fiscalización y sancionatorias de los artículos 43 y 44 de la Ley 643 de 2001, que estaban inicialmente en cabeza de ETESA y que luego se trasladaron a la DIAN, pasaron a ser competencia de COLJUEGOS en cuanto sucesor de la función de administración de los juegos de suerte y azar del orden nacional, conforme al objeto y funciones que le asigna el Decreto 4142 de 2011⁹.

Al respecto puede revisarse el documento explicativo de los antecedentes del Decreto 4142 de 2011 (Contrato DNP-445-2011), que expone claramente el nuevo esquema de funcionamiento de los juegos de suerte y azar, en el que COLJUEGOS asumirá la potestad de fiscalización y sancionatoria que otrora tuvieron ETESA y la DIAN, como administrador del monopolio **en el orden nacional**¹⁰.

Cabe decir finalmente, en relación con las entidades territoriales, que la competencia sancionatoria del artículo 44 en cita no ha sufrido modificaciones y, por ende, ha permanecido en las entidades públicas administradoras del monopolio de los juegos de suerte y azar en ese nivel. La función que corresponde ejercer al Consejo Nacional de Juegos de Surte y Azar respecto de los juegos territoriales no altera dicha circunstancia, pues conforme al artículo 3º del Decreto 4144 de 2011, sus funciones no son de administración ni sancionatorias, sino, esencialmente, de regulación y vigilancia de los juegos locales.

⁹ Para garantizar ese traslado de funciones a COLJUEGOS, el artículo 25 del mismo decreto 4142 de 2011, derogó las diversas disposiciones que le habían asignado transitoriamente las tareas de administración y sancionatorias a la DIAN; particularmente, derogó el inciso 1 del artículo 44 de la Ley 643 de 2001, que con la reforma de la Ley 1393 de 2010, establecía, como ya se dijo, que las sanciones por evasión de los derechos de explotación y gastos de administración en el orden nacional, estaban en cabeza de la DIAN.

¹⁰ **“De manera especial, se trasladó a COLJUEGOS la función de administrar los derechos de explotación y de gastos de administración (función del numeral 11), que se había concedido temporalmente a la DIAN por medio de la Ley 1393.** El diseño institucional propuesto contemplaba la asignación de todas las funciones de administración del monopolio a COLJUEGOS, lo cual implica que las funciones que se habían trasladado a la DIAN debían retornar al nuevo administrador del monopolio (...) La solución adoptada en el Decreto 4142 que creó COLJUEGOS fue transcribir textualmente las funciones de administración que tenía la DIAN. El numeral 11 de las funciones de COLJUEGOS incluye la fiscalización y sanción por el incumplimiento de obligaciones relacionadas con los derechos de explotación.” (se resalta).

Es del caso señalar que la función de vigilancia que el numeral 7º del artículo 3 del Decreto 4144 de 2011 le atribuye al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en el orden local¹¹, solamente le permitiría poner en conocimiento de las autoridades administrativas, disciplinarias, fiscales o penales, según el caso, los incumplimientos de la normatividad aplicable de los cuales tenga conocimiento, en la medida que, como se dijo, no se le asignaron expresamente potestades sancionatorias y las mismas no pueden deducirse solamente de esa función general de vigilancia.

2.2. Sanciones por incumplimiento en la información, recaudo y aplicación de los recursos proveniente de la explotación de los juegos de suerte y azar. Titular de la potestad: Superintendencia Nacional de Salud

El segundo grupo de sanciones administrativas que consagra la legislación para el sector de los juegos de suerte y azar está relacionado con el adecuado *recaudo y giro de los recursos que deben destinarse a la salud*.

En primer lugar, el artículo 53 de la Ley 643 de 2001 establece que la Superintendencia Nacional de Salud ejerce la inspección, vigilancia y control *del recaudo y aplicación de los recursos* derivados de la explotación de los juegos de suerte y azar; y determina las sanciones que tal Superintendencia podrá imponer *por incumplir con la entrega de información* que dicha entidad requiera para desempeñar su labor.¹²

En segundo lugar, el artículo 68 de la ley 715 de 2001¹³, además de ratificar las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud sobre los recursos del sistema de salud, establece sanciones pecuniarias

¹¹ "Artículo 3o. *Funciones*. Modifícase el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, el cual quedara así: Artículo 47. *Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar*. Le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, cumplir las siguientes funciones: (...) 7. Vigilar el cumplimiento de la Ley 643 de 2001 y de los reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales."

¹² "Artículo 53. *Competencia de inspección, vigilancia y control*. **La inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud (...)** Las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas que en cualquier forma o modalidad administren, operen o exploten el monopolio de que trata la presente ley, estarán en la obligación de rendir en la forma y oportunidad que les exijan las autoridades de control y vigilancia, la información que estas requieran. **La inobservancia de esta obligación será sancionada** por la Superintendencia Nacional de Salud hasta con suspensión de la autorización, permiso o facultad para administrar, operar o explotar el monopolio, sin perjuicio de las responsabilidades penales, fiscales, disciplinarias o civiles a que haya lugar." (se resalta)

¹³ Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

por el incumplimiento de las instrucciones de esa superintendencia y de las normas que regulan el sector de la salud¹⁴.

En tercer y último lugar, la Ley 1438 de 2011¹⁵ establece las conductas que vulneran el sistema de seguridad social en salud y el derecho a la salud¹⁶, así como las sanciones aplicables por la Superintendencia Nacional de Salud, entre otros, a los funcionarios públicos responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud¹⁷.

¹⁴ "Artículo 68. *Inspección y vigilancia*. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo (...). Sin perjuicio de la responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal, la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones y competencias, y previa solicitud de explicaciones, impondrá a los representantes legales de los departamentos, distritos y municipios, directores de salud, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, multas hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la expedición del acto administrativo, a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía, por **incumplimiento de las instrucciones y órdenes impartidas** por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El pago de las multas debe hacerse con recursos de su propio peculio, y en consecuencia no se puede imputar al presupuesto de la entidad de la cual dependen." (se resalta)

¹⁵ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ "**Artículo 130. Conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud**. La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas:

130.1 Violar la Ley 1098 de 2006 en lo relativo a la prestación de servicios de salud.

130.2 Aplicar preexistencias a los afiliados por parte de la Entidad Promotora de Salud.

130.3 Impedir u obstaculizar la atención inicial de urgencias.

130.4 Poner en riesgo la vida de las personas de especial protección constitucional.

130.5 No realizar las actividades en salud derivadas de enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

130.6 Impedir o atentar en cualquier forma contra el derecho a la afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, por parte del empleador y, en general, por cualquier persona natural o jurídica.

130.7 Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

130.8 Incumplir con las normas de afiliación por parte de los empleadores, contratistas, entidades que realizan afiliaciones colectivas o trabajadores independientes.

130.9 Incumplir la Ley 972 de 2005.

130.10 Efectuar por un mismo servicio o prestación un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

130.11 Efectuar cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos inexactos o falsos.

130.12 No reportar oportunamente la información que se le solicite por parte del Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, por o por la Comisión de Regulación en Salud o quien haga sus veces.

130.13 Obstruir las Investigaciones e incumplir las obligaciones de información.

130.14 Incumplir con el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹⁷ "Artículo 131. *Valor de las multas por conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud*. Además, de las acciones penales, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, las multas a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado oscilarán entre diez (10) y doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria (...). En concordancia, el artículo 121 de la Ley 1438 señala que están sujetos a la inspección, control y vigilancia "121.5 Los que exploten, produzcan,

Como se puede observar, las tres facultades sancionatorias que las leyes 643 y 715 de 2001 y 1438 de 2011 le otorgan a la Superintendencia de Salud están relacionadas con sus funciones legales de inspección, vigilancia y control del sector salud y *de los recursos destinados al mismo*, uno de cuyos ejes concretos, según los artículos 37 y 39 de la ley 1122 de 2007, es “*vigilar por la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud*”.

Cabe señalar que estas potestades sancionatorias no fueron modificadas o derogadas por los Decretos 4142 y 4144 de 2011 de creación y organización de COLJUEGOS y de la Comisión Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Tampoco se ven afectadas por la derogatoria del artículo 45 de la Ley 643 de 2001¹⁸, en la medida que tal artículo no era fuente del referido poder punitivo, sino de otras atribuciones distintas. En particular cabe advertir que la función general de vigilancia del cumplimiento de la ley 643 de 2001 que dicho artículo 45 le asignaba a la Superintendencia Nacional de Salud, no estaba asociada a un catálogo particular de sanciones, por lo que las irregularidades que dicho organismo evidenciara en el cumplimiento de esa función, solamente le permitían poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes (penales, disciplinarias, fiscales, policivas, tributarias, etc.), salvo que correspondieran a las expresas facultades sancionatorias que se acaban de revisar. Dicho de otro modo,

administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de los juegos de suerte y azar.”, y 121.6 Los que programen, gestionen, recauden, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios rentísticos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”.

¹⁸ El artículo 45 de la Ley 643 de 2001 decía: “ARTÍCULO 45. Además de las que se señalan en las diferentes normas sobre su creación y funcionamiento, le corresponde al Gobierno Nacional por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud, las siguientes funciones:

a) Vigilar el cumplimiento de la presente ley y de los reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, así como el mantenimiento del margen de solvencia;

b) Vigilar el cumplimiento de los reglamentos relacionados con los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicables a los mismos, derechos que no podrán ser inferiores a los establecidos para juegos nacionales similares;

c) Llevar las estadísticas y recopilar la información relacionada con la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar;

d) Intervenir o tomar posesión de las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuando su funcionamiento pueda dar lugar a la defraudación del público y en los eventos que para preservar el monopolio señale el reglamento;

e) Las demás que le asigne la ley y los reglamentos (...).”

la función de vigilancia de un sector no concede per se potestades sancionatorias de cualquier conducta irregular, pues en cualquier caso, la Constitución Política exige que tanto la sanción como la autoridad competente y el procedimiento aplicable tengan consagración legal previa y expresa.

3. El análisis del conflicto planteado

Como se indicó inicialmente, el presente conflicto de competencias administrativas versa sobre la competencia para resolver una solicitud de revocatoria directa de una sanción impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud por haberse omitido el trámite licitatorio en la concesión de un juego de suerte y azar departamental. En tal sentido, existe un acto administrativo en firme producto de una actuación ya finalizada, frente a lo cual sólo corresponde en este momento revisar la autoridad competente para resolver sobre su revocatoria.

A juicio de la Superintendencia de Salud, con la expedición de los Decretos 4142 y 4144 de 2011 se concentraron en gran medida las potestades sancionatorias en COLJUEGOS y en la Comisión Nacional de Juegos de Suerte y Azar, de forma que la competencia para resolver la solicitud de revocatoria pasó a ser de esas entidades. Por su parte, COLJUEGOS considera que la competencia en que se fundó la expedición del acto sancionatorio no cambió ni fue trasladada a esa entidad ni al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, por lo que ninguna de ellas puede asumir el estudio de la solicitud de revocatoria directa en cuestión.

Lo primero que debe aclararse es que no corresponde a la Sala en el curso del trámite de este conflicto, pronunciarse o revisar la legalidad de la sanción impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, sino, únicamente, la competencia para resolver las solicitudes presentadas para su revocatoria directa. En ese sentido, no le corresponde pronunciarse sobre la adecuación típica de la falta o si la conducta era o no sancionable, pues esos son aspectos que **deberá verificar detenidamente**, de oficio o a solicitud de parte, la autoridad que tenga a su cargo resolver la revocatoria.

Hecha la anterior aclaración y en orden a resolver el presente conflicto de competencias, la Sala llama la atención sobre la competencia invocada por la Superintendencia Nacional de Salud para expedir el acto sancionatorio cuya revocatoria se solicita. En dicho acto (Resolución 3671 de 2011), la

Superintendencia Nacional de Salud invocó las facultades sancionatorias previstas en los artículos 68 de la Ley 715 de 2001 y 131 de la Ley 1438 de 2011. Así, en su parte motiva se lee:

“Así las cosas, la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud determina que el Gobernador Encargado para la época de los hechos XXXXXXXXXX, es responsable administrativamente por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 22 de la Ley 643 de 2001, al suscribir mediante contratación directa, el Contrato No 001 de 2009 (...)

En virtud de lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud tiene la facultad para imponer sanciones administrativas a los sujetos vigilados, **la cual se encuentra contemplada en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, a saber (...)**

A su vez, la **Ley 1438 del 19 de enero de 2011, en el artículo 131 determinó respecto de las multas a los representantes legales, lo siguiente:**

“(...) Además, de las acciones penales, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, las multas a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado oscilarán entre diez (10) y doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.” (se resalta).

También debe llamarse la atención en que la decisión fue adoptada por la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos de la Salud, esto es a partir de la competencia del ente de supervisión para ejercer la inspección, vigilancia y control del recaudo y asignación de los recursos del sector salud¹⁹.

Pues bien, según se explicó con detenimiento, la potestad sancionatoria para asegurar el adecuado recaudo y giro de los recursos que la explotación de juegos de suerte y azar debe producir para la salud, es una competencia propia de la Superintendencia Nacional de Salud, que se ha mantenido inalterada en las Leyes 643 y 715 de 2001 y 1438 de 2011.

¹⁹ El artículo 14 del Decreto 1028 de 2007 señala que son funciones de la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para el Sector Salud: “1. Efectuar la Inspección, Vigilancia y control sobre la generación, administración, recaudo y flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; (...)17. Sancionar y decretar multas, en primera instancia, a las entidades y sujetos de inspección, vigilancia y control de conformidad con las atribuciones de la Superintendencia Delegada.”

Los cambios normativos relacionados con la liquidación de ETESA y la posterior creación de COLJUEGOS, no modificaron esa circunstancia, pues, como también se explicó, tales ajustes institucionales se centraron en la definición y estructuración de la entidad encargada de la *administración y explotación de los juegos de suerte y azar a nivel nacional*, de lo cual, en lo que respecta a este conflicto, sólo se derivó un cambio la titularidad de la potestad sancionatoria prevista en el artículo 44 de la Ley 643 de 2001. Potestad que, estando en cabeza de COLJUEGOS y de los administradores territoriales, es en todo caso diferente a la que ahora se revisa, pues en ninguna de sus tres causales sería posible adecuar la conducta sancionada en la Resolución 3671 de 2011.

Por su parte, como también se señaló, las funciones de la Comisión Nacional de Juegos de Suerte y Azar respecto de los juegos de carácter territorial, son esencialmente de orientación y regulación y no comprenden la posibilidad de imponer sanciones.

De lo anterior se concluye que la solicitud de revocatoria directa de la Resolución 3671 de 2001 deberá ser resuelta por la Superintendencia Nacional de Salud, en cuanto que la competencia con base en la cual se expidió dicho acto sancionatorio no ha pasado a ninguna otra entidad. En todo caso, como se señaló, la Superintendencia deberá revisar oficiosamente, al estudiar la solicitud de revocatoria, si realmente la irregularidad detectada era objeto de sanción por ella o si quedaba resuelta con la investigación fiscal que en su momento se adelantó.

Con base en lo anterior, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar competente a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra la Resolución 3671 de 2011 expedidas por esa misma entidad.

SEGUNDO: Devolver el expediente de la referencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

