

ACCION DE LESIVIDAD-Es acción de nulidad y restablecimiento; caducidad especial%CADUCIDAD DE LA ACCION DE LESIVIDAD-Dos años

La resolución No. 337 de 21 de octubre de 2003 fue expedida por el Gerente de la Lotería de Risaralda, y mediante ella determina unos sorteos con los cuales puede realizarse el juego de apuestas permanentes en el departamento de Risaralda por el concesionario APOSTAR S.A., sin que conste en el plenario lo que generó su expedición, esto es, si fue a petición de parte o de oficio. En su artículo primero se dispuso: "Autorizar a la concesionaria APOSTAR S.A., para utilizar los resultados de los siguientes juegos o loterías en todo el Departamento de Risaralda así: SAS Three, Play Fuor, Win Four y Evining.". Visto el carácter particular y concreto del acto acusado y que la actora es la autoridad que lo expidió, se debe poner de presente que se está frente a una acción denominada doctrinaria y jurisprudencialmente en Colombia acción de lesividad, pero que normativamente es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que tiene la caducidad especial de dos (2) años contados a partir de su expedición señalada en el numeral 7 del artículo 136 del C.C.A. Se tiene entonces una acción subjetiva de lesividad, y no de simple nulidad como erróneamente la asumió el a quo, pudiéndose observar bajo aquella clase de acción, que la demanda, además de contar con la legitimación por activa en la causa y ser ejercida mediante apoderado debidamente constituido, fue interpuesta en tiempo, pues la resolución enjuiciada fue proferida el 21 de octubre de 2003 y la demanda fue presentada el 3 de agosto de 2004, de allí que sea procedente su examen.

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE-Use de sorteos de loterías extranjeras%LOTERIA DE RISARALDA-Nulidad del acto que autoriza sorteos de loterías extranjeras en apuestas permanentes%CHANCE-Sorteos con loterías extranjeras

Visto lo antes reseñado, una primera cuestión a resolver en la instancia es la de si dicha circular 129 estaba o no vigente al momento en que se expidió la resolución enjuiciada, 21 de octubre de 2003, pues el dilema radica en establecer si por la expedición del Decreto 1350 de 2003, reglamentario de la Ley 643 de 2002, la Circular perdió vigencia. Al respecto, se debe tener en cuenta que esa reglamentación no puede ser otra que la referida al objeto de la Circular, esto es, la utilización de los resultados de las loterías extranjeras. A juicio del a quo y del tercero, tal reglamentación estaría dada en el mencionado decreto, con lo cual surge una nueva cuestión, que se antepone a la antes planteada, a saber: ¿efectivamente la reglamentación del uso de los resultados de las loterías extranjeras está contenida en el Decreto 1350 de 2003?. Sobre el particular se ha de responder que no, puesto que de la exhaustiva lectura de sus 26 artículos se deduce sin lugar a equívoco que ese decreto no se ocupa en absoluto del tema, tanto que no hay siquiera mención del concepto de loterías extranjeras; lo cual significa que esa reglamentación esperada no se da por cuenta del comentado decreto 1350, y todo indica que no se había dado mediante otro acto. En la comunicación primeramente citada se señala que el Decreto 1350 de 2003 "tampoco reguló de manera expresa la utilización de sorteos de loterías extranjeras en dicho juego" de apuestas permanentes o chance, y de ello concluye que su Circular 129 de 2002 sigue vigente. Esa falta de reglamentación del aludido tema es lo que explica que el a quo hubiere concluido que el uso de los sorteos de las loterías extranjeras no está prohibido pero tampoco autorizado en ese decreto ni en la ley reglamentada, de modo que se percató de la falta de esa reglamentación pero no advirtió que la adopción de ésta era la condición resolutoria de la Circular 129, de modo que no asoció aquella situación con la vigencia de esa circular. En esas circunstancias es claro que la Circular 129

estaba vigente para cuando se profirió la resolución censurada, y por esa razón fue que el Consejo de Estado, en sentencia de 23 de enero de 2003, en proceso de acción de cumplimiento afirmara: “La Circular Externa número 129 de 2002, por medio de la cual la Superintendencia Nacional de Salud, en desarrollo de los preceptos que regulan sus competencias, suspendió determinadas prácticas relacionadas con la venta de apuestas, es un auténtico acto administrativo que adquirió firmeza y es obligatorio, pues, además de que no ha sido anulado ni suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa, en relación con el no ha acontecido ninguno de los eventos previstos en el artículo 66 ibídem”.

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES-Sorteos con loterías extranjeras: requieren autorización previa%LOTERIAS EXTRANJERAS-Sorteos en juegos de apuestas permanentes: requiere autorización previa%CHANCE-Sorteo de loterías extranjeras

A la resolución en comento se le endilga la violación de la Circular No. 129 de 2001, porque la actora la expidió por error involuntario e inducido indirectamente por la Superintendencia, pues no está autorizada la utilización de resultados de loterías extranjeras en el juego de apuestas permanentes según la misma Superintendencia y la Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social. Al punto se tiene que la Circular Externa No. 129 de 8 de febrero de 2002, de la Superintendencia Nacional de Salud, tuvo como objeto: “Declarar práctica no autorizada la de conceder incentivos, utilizar los resultados de las loterías extranjeras y sorteos que no cuenten con la autorización de la entidad competente hasta tanto no se expida la reglamentación correspondiente, para utilizarlos en el juego de apuestas permanentes”. Para el efecto adoptó como instrucción, so pena de sanciones: “Suspender en forma inmediata, la utilización de los resultados de las loterías extranjeras o sorteos que no cuenten con la autorización previa de la entidad competente o desaparezcan los límites autorizados, hasta tanto no se expida la reglamentación correspondiente por parte del Gobierno Nacional, para utilizarlos en el juego de apuestas permanentes.”. La Lotería de Risaralda, entonces, estaba obligada a obedecer la instrucción dada en la Circular 129 de 2002 para la época en que expidió la Resolución 337 de 21 de octubre de 2003, y como lo que en ésta se autoriza es contrario a dicha instrucción, resulta violatoria de la misma, sin lugar a dudas, de allí que le asista razón a la entidad demandante en el cargo que formula en ese sentido, y se deba en consecuencia confirmar la sentencia apelada, aunque por razones distintas a las expuestas en la misma, ya que contrario a lo considerado en ella, la comentada circular sí estaba vigente para cuando se dictó esa resolución. Así las cosas, el recurso no tiene vocación de prosperar, de allí que deba confirmarse la sentencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00918-01

Actor: LOTERIA DE RISARALDA

Demandado: GERENTE DE LA LOTERIA DE RISARALDA

Referencia: APELACION SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el tercero interviniente en el proceso contra la sentencia de 31 de octubre de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual accedió las súplicas de la demanda en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1.- La **LOTERÍA DE RISARALDA**, mediante apoderada y en demanda de nulidad pidió al Tribunal Administrativo de Risaralda que declarara la nulidad total de la Resolución No. 337 de 21 de octubre de 2003, expedida por la Gerente de la Lotería de Risaralda, mediante la cual se determinan unos sorteos con los cuales puede realizarse el juego de apuestas permanentes en el departamento de Risaralda por el concesionario APOSTAR S.A.

1.2. En los hechos, la demandante hace una reseña de los antecedentes jurídicos del acto acusado y de la imposibilidad de revocarlo sin consentimiento de su beneficiario, por la que se vio avocada a iniciar la presente acción, atendiendo la ilegalidad de dicho acto.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

En el acápite respectivo se indica como violada la Circular No. 129 de 2001, por cuanto la actora expidió la resolución demandada por haber incurrido involuntariamente y por inducción indirecta de la Superintendencia en un error, pues no está autorizada la utilización de resultados de loterías extranjeras en el juego de apuestas permanentes según la misma Superintendencia y la Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social. Cita en apoyo suyo la sentencia

proferida en acción de cumplimiento dentro del proceso 200200887, para hacer efectiva la Circular 129 de 2002 de la Superintendencia Nacional de Salud.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La beneficiaria del acto, APOSTAR S.A., mediante apoderado defiende la legalidad de la resolución atacada, para lo cual invoca la Circular Externa 129 de 2002, de la que dice que antes de ella venía operando con autorización otorgada por la Lotería del Risaralda, incluso para la época del fallo del Consejo de Estado (enero 23 de 2003). Que con posterioridad se expidió la ahora censurada Resolución 337 de 2003, y en vista de todo ello se pueden admitir las apuestas de chance contra los resultados de los sorteos de loterías extranjeras y juegos autorizados, por lo menos en el departamento de Risaralda, y la actora no tiene porque privarla ahora de la facultad de recibir esas apuestas, pese a que ninguna norma constitucional o legal lo prohíbe.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda apoyándose, de una parte, en un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud a propósito de la legalidad de la Circular 129 de 2002, y conforme al análisis que al respecto se hizo en dicha sentencia concluye que no le asiste razón a la tercera interviniente en el cuestionamiento que hace a esa entidad para regular lo concerniente al juego de apuestas permanentes utilizando resultados de loterías extranjeras.

De otra parte, en que la referida circular desapareció del mundo jurídico por la expedición del Decreto 1350 de 2003, reglamentario de la Ley 643 de 2001, pues su vigencia estaba supeditada a esa reglamentación, de modo que la resolución acusada se expidió después de que esa circular perdió sus efectos, de allí que aquella se hubiera expedido citando como fundamento la aludida ley y su decreto reglamentario.

De lo anterior deduce que no es procedente decretar la nulidad de la resolución enjuiciada cuando a su expedición no existía la disposición que se invoca violada, pero que ello no es óbice para que teniendo en cuenta la naturaleza de la acción incoada y el interés que ellas envuelven, el Tribunal se pronuncie sobre otros

aspectos jurídicos que surgen del estudio realizado en relación con la Ley 643 de 2001 y su decreto reglamentario, acogiendo posición del Consejo de Estado, Sección Primera, en el sentido de que en acciones de simple nulidad le es permitido al juez decidir de oficio (sentencia de 28 de junio de 2001, radicación 6502), según la cual en acción de simple nulidad se permite su declaración oficiosa en cualquier momento.

En ese orden, observa que el artículo 21 de la Ley 643 de 2001 no hace mención a que el juego pueda realizarse con la utilización de resultados de los sorteos de loterías extranjeras, como tampoco se previó dicha posibilidad en el articulado del capítulo correspondiente ni en las demás disposiciones de la misma ley ni en su decreto reglamentario. De modo que si bien no consagraron la prohibición expresa de esa autorización, tampoco fue autorizada, por lo que no era dado a la autoridad demandada proceder sin respaldo en un fundamento normativo, por ende la Lotería de Risaralda actuó por fuera de la ley.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la beneficiaria del acto apeló en tiempo la sentencia con fundamento en que siendo cierto que la Circular 129 de 2000 desapareció del mundo jurídico, era foroso para el *a quo* negar la nulidad invocada, puesto que esa circular no estaba vigente al momento de proferirse la resolución acusada, y por lo tanto la autorización contenida en ésta sí nació a la vida jurídica.

Que el *a quo* olvida que la Lotería de Risaralda, en su condición de concedente del contrato para la explotación de las apuestas permanentes en el Departamento, se encuentra investida de autoridad para conceder autorizaciones como la contenida en la resolución en cuestión, atendiendo los artículos 21 y 22 de la Ley 643 de 2001 y la Ley 80 de 1992 (sic), de modo que sí existen normas legales que la facultan para conceder autorizaciones.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apelante reitera los fundamentos del recurso, cuestiona la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para reglamentar lo concerniente a las puestas y juegos de azar, cita un concepto del CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR de 19 de octubre de 2005, sobre la viabilidad de

adoptar el resultado de las loterías extranjeras como juegos autónomos, y advierte que ese concepto legitima la decisión acusada.

V.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El Agente del Ministerio Público no se pronunció sobre el proceso.

VI.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1ª. El acto acusado

La resolución No. 337 de 21 de octubre de 2003 fue expedida por el Gerente de la Lotería de Risaralda, y mediante ella determina unos sorteos con los cuales puede realizarse el juego de apuestas permanentes en el departamento de Risaralda por el concesionario APOSTAR S.A., sin que conste en el plenario lo que generó su expedición, esto es, si fue a petición de parte o de oficio.

En su artículo primero se dispuso: *“Autorizar a la concesionaria APOSTAR S.A., para utilizar los resultados de los siguientes juegos o loterías en todo el Departamento de Risaralda así: SAS Three, Play Fuor, Win Four y Evining.”*

Para el efecto el Gerente de la Lotería de Risaralda invoca “sus atribuciones legales y en especial las conferidas por la Ley 643 de Enero 16 de 2001, El Decreto reglamentario No. 1350 de 2003 y la ordenanza 004 de 19994 de la Asamblea Departamental del Risaralda”.

En su parte considerativa se alude a los artículos 2, 21, 22 y 60 de la Ley 643 de 2001, y 336 de la Constitución Política y al contrato No. 027 de 2003 mediante el cual se adjudicó la concesión para la explotación de juego de apuestas permanentes en el departamento de Risaralda a la empresa APOSTAR S.A. por 5 años a partir de 22 de octubre de 2003.

2º. Clase de la presente acción

Visto el carácter particular y concreto del acto acusado y que la actora es la autoridad que lo expidió, se debe poner de presente que se está frente a una acción denominada doctrinaria y jurisprudencialmente en Colombia acción de lesividad, pero que normativamente es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que tiene la caducidad especial de dos (2) años contados a partir de su expedición señalada en el numeral 7 del artículo 136 del C.C.A.

Se tiene entonces una acción subjetiva de lesividad, y no de simple nulidad como erróneamente la asumió el a quo, pudiéndose observar bajo aquella clase de acción, que la demanda, además de contar con la legitimación por activa en la causa y ser ejercida mediante apoderado debidamente constituido, fue interpuesta en tiempo, pues la resolución enjuiciada fue proferida el 21 de octubre de 2003 y la demanda fue presentada el 3 de agosto de 2004, de allí que sea procedente su examen.

3ª. Los cargos

A la resolución en comento se le endilga la violación de la Circular No. 129 de 2001, porque la actora la expidió por error involuntario e inducido indirectamente por la Superintendencia, pues no está autorizada la utilización de resultados de loterías extranjeras en el juego de apuestas permanentes según la misma Superintendencia y la Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social.

Al punto se tiene que la Circular Externa No. 129 de 8 de febrero de 2002, de la Superintendencia Nacional de Salud, dirigida a representantes legales, revisores fiscales de las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de capital público departamental (SCPD) y concesionarios que operan el monopolio rentístico de apuestas permanentes, tuvo como objeto:

“Declarar práctica no autorizada la de conceder incentivos, utilizar los resultados de las loterías extranjeras y sorteos que no cuenten con la autorización de la entidad competente hasta tanto no se expida la reglamentación correspondiente, para utilizarlos en el juego de apuestas permanentes”

Para el efecto adoptó como instrucción, so pena de sanciones:

“Suspender en forma inmediata, la utilización de los resultados de las loterías extranjeras o sorteos que no cuenten con la autorización previa de la entidad competente o desaparezcan los límites autorizados, hasta tanto no se expida la reglamentación correspondiente por parte del Gobierno Nacional, para utilizarlos en el juego de apuestas permanentes.”

4ª. La cuestión a resolver

Visto lo antes reseñado, una primera cuestión a resolver en la instancia es la de si dicha circular 129 estaba o no vigente al momento en que se expidió la resolución enjuiciada, 21 de octubre de 2003, pues el dilema radica en establecer si por la expedición del Decreto 1350 de 2003, reglamentario de la Ley 643 de 2002, la Circular perdió vigencia.

Dicho de otra forma, la cuestión es determinar si la “*reglamentación correspondiente*” a que quedó condicionada la vigencia de la Circular había sido expedida o no antes de que se hubiera proferida la resolución acusada y si por consecuencia estaba o no vigente.

En la sentencia apelada se afirma que con la expedición del Decreto 1350 de 2003, reglamentario de la Ley 643 de 2002 desapareció la vigencia de la Circular, y así lo alega también el tercero interesado en el asunto, lo cual significaría que ese decreto contiene la reglamentación a que quedó condicionada la vigencia de la Circular 129.

Al respecto, se debe tener en cuenta que esa reglamentación no puede ser otra que la referida al objeto de la Circular, esto es, la **utilización de los resultados de las loterías extranjeras**.

A juicio del a quo y del tercero, tal reglamentación estaría dada en el mencionado decreto, con lo cual surge una nueva cuestión, que se antepone a la antes planteada, a saber: ¿efectivamente la reglamentación del uso de los resultados de las loterías extranjeras está contenida en el Decreto 1350 de 2003?.

Sobre el particular se ha de responder que no, puesto que de la exhaustiva lectura de sus 26 artículos se deduce sin lugar a equívoco que ese decreto no se ocupa en absoluto del tema, tanto que no hay siquiera mención del concepto de loterías extranjeras; lo cual significa que esa reglamentación esperada no se da por cuenta del comentado decreto 1350, y todo indica que no se había dado mediante otro acto.

Lo anterior aparece incluso reconocido por la misma Superintendencia Nacional de Salud en comunicación núm. 8001-130801 de 11 de noviembre de 2003, suscrita por el Director General Para el Control de Rentas Cedidas, con la cual incluso dice que “deja sin vigencia” lo manifestado de manera contraria en una comunicación con el mismo número de radicación, pero con fecha anterior, de 18 de junio de 2003, dirigida a Apostar S.A.

En la comunicación primeramente citada se señala que el Decreto 1350 de 2003 “tampoco reguló de manera expresa la utilización de sorteos de loterías extranjeras en dicho juego” de apuestas permanentes o chance, y de ello concluye que su Circular 129 de 2002 sigue vigente (folios 31 y 32, cuaderno 2).

Esa falta de reglamentación del aludido tema es lo que explica que el a quo hubiere concluido que el uso de los sorteos de las loterías extranjeras no está prohibido pero tampoco autorizado en ese decreto ni en la ley reglamentada, de modo que se percató de la falta de esa reglamentación pero no advirtió que la adopción de ésta era la condición resolutoria de la Circular 129, de modo que no asoció aquella situación con la vigencia de esa circular.

En esas circunstancias es claro que la Circular 129 estaba vigente para cuando se profirió la resolución censurada, y por esa razón fue que el Consejo de Estado, en sentencia de 23 de enero de 2003¹, en proceso de acción de cumplimiento afirmara:

“La Circular Externa número 129 de 2002, por medio de la cual la Superintendencia Nacional de Salud, en desarrollo de los preceptos que regulan sus competencias, suspendió determinadas prácticas relacionadas con la venta de apuestas, es un auténtico acto administrativo que adquirió firmeza y es obligatorio, pues, además de que no ha sido anulado ni suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa, en relación con el no ha acontecido ninguno de los eventos previstos en el artículo 66 ibídem” (subrayas de la sala).

Al constatar su incumplimiento concluyó: “*la Sala tiene por demostrada la inobservancia por parte de la entidad demandada del deber legal contenido en ese acto administrativo que, como se dijo antes, es obligatorio.*”, y en consecuencia dispuso:

¹ Sentencia de 23 de enero de 2003, expediente núm. 2002-0887-01(ACU-1669)

“REVÓCASE la providencia del 24 de octubre de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda para, en su lugar, ordenar a la Lotería del Risaralda que en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de este fallo, cumpla lo dispuesto en la Circular Externa número 129 del 8 de febrero de 2002 de la Superintendencia Nacional de Salud.”

La Lotería de Risaralda, entonces, estaba obligada a obedecer la instrucción dada en la Circular 129 de 2002 para la época en que expidió la Resolución 337 de 21 de octubre de 2003, y como lo que en ésta se autoriza es contrario a dicha instrucción, resulta violatoria de la misma, sin lugar a dudas, de allí que le asista razón a la entidad demandante en el cargo que formula en ese sentido, y se deba en consecuencia confirmar la sentencia apelada, aunque por razones distintas a las expuestas en la misma, ya que contrario a lo considerado en ella, la comentada circular sí estaba vigente para cuando se dictó esa resolución.

Así las cosas, el recurso no tiene vocación de prosperar, de allí que deba confirmarse la sentencia, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

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

F A L L A:

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia apelada, de 31 de octubre de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 337 de 21 de octubre de 2003, expedida por la Gerente de la Lotería de Risaralda, mediante la cual determina unos sorteos con los cuales puede realizarse el juego de apuestas permanentes en el departamento de Risaralda por el concesionario APOSTAR S.A.

Segundo.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 28 de febrero de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN