



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra (E)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013)

Número Único: 11001-03-06-000-2013-00058-00

Referencia: Conflicto de competencias administrativas entre la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar - COLJUEGOS y la 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, suscitado entre la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar - COLJUEGOS y la Superintendencia Nacional de Salud en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio que se sigue contra la sociedad INVERSIONES OR LTDA./ INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN, de que trata el expediente radicado bajo el número 0420201000302.

I. ANTECEDENTES

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. El 4 de mayo de 2012, la Superintendencia Nacional de Salud remitió a COLJUEGOS 149 expedientes de procesos administrativos sancionatorios relacionados con la omisión, por parte de algunos operadores de juegos de suerte y azar, de la obligación de enviar información oportuna, directa y suficiente, a la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF.
2. El 7 de junio de 2012, COLJUEGOS devolvió los procesos a la Superintendencia Nacional de Salud, por considerar que si bien a esta nueva entidad le corresponde suscribir contratos de concesión para la operación de

juegos localizados, el decreto 4142 de 2011¹ ni otra norma que regule dicha actividad, le atribuyó competencia para asumir procesos sancionatorios en curso, basados en las facultades de vigilancia, inspección y control que la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF confió a la Superintendencia Nacional de Salud, para prevenir y controlar el lavado de activos.

3. La Superintendencia Nacional de Salud remitió nuevamente los expedientes a COLJUEGOS por considerar que, al haberse derogado el artículo 45 de la Ley 643 de 2001², perdió la competencia para continuar con las actuaciones administrativas mencionadas.

4. En concepto de la Oficina Asesora Jurídica de COLJUEGOS, no existe disposición legal que le atribuya facultades de inspección, vigilancia y control sobre el lavado de activos y por tal motivo, se considera incompetente para asumir los procesos administrativos sancionatorios que venía adelantando la Superintendencia Nacional de Salud, por violación de la normativa proferida por la Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF, que regula la prevención del lavado de activos y, en consecuencia, eleva conflicto de competencias administrativas ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

5. El conflicto de competencias administrativas objeto de estudio, recae sobre el procedimiento adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud en contra de la sociedad INVERSIONES OR LTDA., luego INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN, radicado con el No. 0420201000302. El trámite sancionatorio se inició con base en los reportes presentados por la Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF, por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las resoluciones 141 y 142 de 2006 y 78 de 2007 para los operadores de juegos de suerte y azar localizados, en materia de prevención de lavado de activos.

II. ACTUACIÓN 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 autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 1437 de 2011 (folio 56).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la ley 1437 de 2011.

¹ Por el cual se crea la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, COLJUEGOS.

² Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.

En los folios 57 a 59, consta que se informó sobre el conflicto planteado a la Superintendencia Nacional de Salud, a COLJUEGOS, a la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF y al representante legal de INVERSIONES OR LTDA.

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 involucradas en 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 en relación con el 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 (artículo 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 de 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. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Dentro de la actuación las partes presentaron los argumentos que se exponen a continuación:

1. Argumentos de la Superintendencia Nacional de Salud

Los artículos 45 y 53 de la ley 643 de 2001 asignaron funciones de inspección, vigilancia y control a la Superintendencia Nacional de Salud relacionadas con los juegos de suerte y azar. En particular, el artículo 53 dispuso que la inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud recae únicamente sobre el recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar.

A su vez, el artículo 68 de la ley 715 de 2001 atribuyó a la Superintendencia la facultad para ejercer inspección, vigilancia y control respecto del cumplimiento de la normatividad que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en particular, lo concerniente a la protección de los recursos de dicho Sistema.

Con la entrada en vigencia del decreto ley 4142 de 2011 se derogaron expresamente las competencias que el artículo 45 de la ley 643 de 2001 asignaba a la Superintendencia Nacional de Salud, pero quedó vigente el artículo 53, que le atribuye facultades de inspección, vigilancia y control, sobre el recaudo y aplicación de los recursos provenientes del monopolio de los juegos de suerte y azar. Por tanto, la Superintendencia sólo tiene competencia para ejercer funciones de inspección, vigilancia y control frente al recaudo y aplicación de los recursos generados en la administración y operación del monopolio de los juegos de suerte y azar.

Contrario a lo afirmado por COLJUEGOS, la Superintendencia Nacional de Salud manifiesta no contar con facultades sancionatorias por violación a las normas proferidas por la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF, las cuales están orientadas a la intervención del Estado a fin de detectar prácticas asociadas con el lavado de activos, al tenor de lo dispuesto por la ley 526 de 1999. La obligación que le asiste a la Superintendencia consiste, según lo señalado por el artículo 10 de la ley 526 de 1999, en instruir a sus vigilados sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información a recaudar para la UIAF, y para tal efecto, expidió la circular única No. 049 de 2008.

Con la reorganización institucional a los juegos de suerte y azar, y con la expedición de los decretos leyes 4142 y 4144 de 2011³, respecto de temas organizacionales y administrativos propios de las empresas operadoras de juegos de suerte y azar, el conocimiento del asunto que motivó el conflicto negativo de competencias corresponde a COLJUEGOS.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las resoluciones 141⁴ y 142 de 2006⁵ y 78 de 2007⁶ de la UIAF, son anteriores a los decretos 4142 y 4144 de 2011, los cuales pasaron a COLJUEGOS y al CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR la competencia relacionada con la administración y organización

³ Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se reasignan funciones.

⁴ Por la cual se impone a las personas jurídicas que operan el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar localizados, la obligación de reportar de manera directa a la Unidad de Información y Análisis Financiero.

⁵ Por la cual se impone a las personas jurídicas públicas y privadas que exploten o administren el monopolio rentístico de las loterías, juegos de apuestas permanentes o chance, juegos novedosos, apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares y los eventos hípicas, la obligación de reportar de manera directa a la Unidad de Información y Análisis Financiero.

⁶ Por la cual se aclaran las resoluciones 141 y 142 de 2006 expedidas por la Unidad de Información y Análisis Financiero.

de las empresas de juegos de suerte y azar, reservándole a la Superintendencia Nacional de Salud la competencia respecto del *“objeto propio del monopolio, vale decir, el recaudo y aplicación de los recursos.”*

En cuanto a las competencias asignadas a COLJUEGOS sostiene la Superintendencia que en el decreto 4142 de 2011, por el cual fue creada dicha Empresa Industrial y Comercial del Estado, se le fijaron las funciones de fiscalización y control frente a los derechos de explotación y los gastos de administración de los operadores del monopolio, función que venían desarrollando la Superintendencia Nacional de Salud y las entidades territoriales encargadas de la administración del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.

Agrega la Superintendencia que actualmente se presenta una confusión respecto de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a la Superintendencia en el derogado artículo 45 de la ley 643 de 2001, y que ha quedado un vacío legal frente a dichas facultades, respecto de los administradores y operadores de juegos de suerte y azar, *“puntualmente respecto de qué entidad debe asumirlas.”*

Concluye que, una vez derogado el artículo 45 de la ley 643 de 2001, queda vigente el 53 de la misma ley, el cual deja en cabeza de la Superintendencia solamente *“la inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar.”*

Por lo anterior, solicita que se declare a COLJUEGOS competente para conocer del trámite administrativo identificado con el número 0420201000302 contra la sociedad INVERSIONES OR LTDA., luego INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN, que venía adelantando la Superintendencia Nacional de Salud.

2. Argumentos de COLJUEGOS

La Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS aduce como argumentos para rechazar la competencia para continuar con la actuación administrativa 0420201000302, los siguientes:

Empieza por señalar que COLJUEGOS fue creada mediante el decreto ley 4142 de 2011, para *“...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”*. El artículo 25 del mismo decreto ley derogó el artículo 45 de la ley 643 de 2001, que establecía varias funciones a la Superintendencia Nacional de Salud

relacionadas con la vigilancia del cumplimiento de la ley 643 y los reglamentos en materia de juegos de suerte y azar⁷.

Agrega que la Superintendencia Nacional de Salud ha reconocido que, si bien el artículo 45 fue derogado, el artículo 53 de la ley 643 de 2001 continúa vigente, y en tal medida, *“es competente para ejercer funciones de inspección, vigilancia y control sobre la generación y aplicación de los recursos que generan los operadores de los juegos de suerte y azar, por tratarse de recursos destinados a la salud.”*⁸

Así mismo, señala que las facultades de inspección, vigilancia y control son diferentes a las de organizar, administrar y operar. Las primeras están a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud y las define el artículo 35 de la ley 1122 de 2007⁹; las segundas, por su parte, en el artículo 1º de la ley 643 de 2001 y en el artículo 5º del decreto ley 4142 de 2011. En este orden de ideas, aduce que el referido artículo 5º establece las funciones de COLJUEGOS pero no hace referencia a aquellas relacionadas con la inspección, vigilancia y control de los juegos de suerte y azar, ni a los temas relacionados con el lavado de activos. En este sentido, las facultades de organizar, administrar y operar, asignadas a COLJUEGOS van dirigidas al cumplimiento de dos obligaciones fundamentales: i) efectuar un adecuado seguimiento del cumplimiento de las obligaciones contractuales de sus contratistas, los operadores del juego, y ii) la de percibir los derechos de explotación y los gastos de administración, que incluye la facultad de fiscalización de tales derechos en los términos del artículo 43 de la ley 643 de 2001, pero que es ajena a las facultades de inspección, vigilancia y control propias de las superintendencias.

Resalta que si bien COLJUEGOS tiene competencia para sancionar a los operadores de juegos concesionarios que incurran en algún incumplimiento contractual, con fundamento en la ley 1150 de 2007, mediante el procedimiento establecido en el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, solo en la actualidad se incluye en todos sus contratos de concesión una obligación relacionada con el reporte de información a la UIAF, con el fin de poder sancionar contractualmente a quienes evadan dichos reportes y de apoyar al Estado en dicho tema, por lo que su control contractual se efectuará a futuro, sin que por esta vía se puedan resolver situaciones en trámite. En consecuencia, concluye que la competencia de COLJUEGOS se contrae a ejercer el control de la explotación del monopolio de

⁷ El artículo 43 de la ley 643 de 2001, establecía además competencia sobre la elaboración de estadísticas y la recopilación de información relacionada con la explotación del monopolio, y la intervención o toma de posesión de las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte o azar, entre otras.

⁸ La Superintendencia Nacional de Salud expidió el concepto No. 3-2012-005173 de 13 de abril de 2012 en el que reconoce que *“pese a la derogatoria del artículo 45 de la ley 643, los operadores de juegos de suerte y azar siguen siendo sujetos de su inspección, vigilancia y control, en virtud de la vigencia del artículo 53 de la misma norma y por tal razón continúa cobrando la tasa de vigilancia que venía cobrando antes de la expedición del Decreto 4142 de 2011.”*

⁹ Por la cual se hacen modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

los juegos de suerte y azar por parte de los operadores y, por ende, debe estar al tanto del cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe percibir los derechos de explotación y los gastos de administración, con la correlativa obligación de fiscalización de tales derechos, según lo establece el artículo 43 de la ley 643 de 2001.

El argumento anterior pone de relieve que la sanción contractual es diferente a la que resulta del control que se ejerce en virtud de la facultad de inspección, vigilancia y control propia de la Superintendencia, razón por la cual COLJUEGOS no puede asumir los procesos sancionatorios en curso por el incumplimiento del envío de información a la UIAF. De hacerlo, incurriría en violación al principio de legalidad previsto en el artículo 5º de la ley 489 de 1998 y, de contera, a los artículos 6, 29, 121 y 122 de la Carta y al artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Frente al caso específico de inspección, vigilancia y control por la omisión de enviar información a la UIAF, en aras de prevenir el lavado de activos, señala que la ley 526 de 1999 le asignó a la Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF, funciones de intervención en todos los sectores de la economía nacional con el fin de detectar prácticas asociadas con el lavado de activos; es por esto que el artículo 10 de la ley 526 mencionada, dispuso que las autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control deben instruir a sus vigilados sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información a recaudar para la UIAF.

Bajo los lineamientos de la ley 526 de 1999, el artículo 9 de la resolución 141 de 2006, expedida por la UIAF, impone a las personas jurídicas que operan el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar localizados, la obligación de reportar de manera directa a la UIAF; así mismo dispone que el incumplimiento a las obligaciones de reporte de información da lugar a la imposición de multas y sanciones por parte de la Superintendencia Nacional de Salud o la entidad competente que haga sus veces.

Señala que el inciso segundo del artículo 53 de la ley 643 de 2001 prescribe que *“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.”*

En conclusión, la competencia para conocer de los procesos sancionatorios por la omisión de reportar la información pertinente a la UIAF es de la Superintendencia

de Salud de conformidad con los decretos 2165 de 1992¹⁰, 1259 de 1994¹¹ y 1018 de 2007¹², la ley 100 de 1993¹³, los artículos 2 y 43 de la ley 643 de 2001 y las leyes 715 de 2001¹⁴ y 1122 de 2007¹⁵. Así las cosas, a juicio de COLJUEGOS, la Superintendencia Nacional de Salud conserva las competencias de inspección, vigilancia y control sobre todos los temas diferentes al régimen propio y al cumplimiento del margen de solvencia, teniendo en cuenta que el artículo derogado hacía referencia exclusivamente a la facultad de vigilancia –no inspección y control-, frente a los mencionados temas. Por lo anterior y teniendo en cuenta que el lavado de activos hace parte de un régimen especial con fundamento normativo propio, la Superintendencia debe continuar con el conocimiento de los procedimientos administrativos sancionatorios por omisión en la obligación de suministrar información a la UIAF.

Concluye que COLJUEGOS no es competente para asumir el conocimiento de los procesos sancionatorios por la omisión de los operadores de los juegos de suerte y azar localizados, consistente en no reportar la información requerida por la UIAF para el control de lavado de activos y, por lo tanto, no tiene competencia respecto del proceso sancionatorio adelantado contra INVERSIONES OR LTDA. / INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN, bajo el radicado No. 0420201000302.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 112 de la ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

"... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo."

¹⁰ Por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud. Derogado por el decreto extraordinario 1259 de 1994, artículo 18.

¹¹ Por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud. Derogado por el decreto 1018 de 2007, artículo 27.

¹² Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

¹³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹⁴ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

¹⁵ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Así mismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Como se evidencia en el análisis de los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar - COLJUEGOS y la Superintendencia Nacional de Salud.

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para continuar el procedimiento administrativo sancionatorio que se sigue contra INVERSIONES OR LTDA., luego INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN, contenido en el expediente N° 0420201000302.

Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

2. Problema jurídico

En el presente conflicto de competencias administrativas, la Sala debe revisar si la competencia funcional que dio origen al procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud, permanece en dicha entidad (como lo sostiene COLJUEGOS) o si se trasladó a la Empresa Industrial y comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS (como afirma la Superintendencia). Solamente de verificarse esta segunda hipótesis, se podría concluir que la Superintendencia Nacional de Salud ya no es competente para seguir adelante con la actuación administrativa iniciada, y que el respectivo expediente debería trasladarse a COLJUEGOS, para que asuma dicho asunto.

Para ello se revisarán las normas que fundamentan la potestad sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y se verificará si fueron o no modificadas por los decretos leyes 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.

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

Además de las sanciones disciplinarias, fiscales¹⁶ y penales¹⁷ 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:

a. 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 autorizaciones¹⁸, 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:

¹⁶ Ley 643 de 2001. Artículo 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.*

¹⁷ Sin perjuicio de otras conductas penales en que puedan incurrir 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.*”

¹⁸ “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.*”

- 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.”*

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 sanción estuvo en ETESA, en el orden nacional, y en los departamentos, distritos y municipios, en el nivel territorial¹⁹. A raíz de la liquidación de ETESA (decreto 175 de 2010), la ley 1393 de 2010 trasladó sus funciones de administración a la DIAN²⁰, 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 señalados²¹.

¹⁹ En tal sentido, el decreto reglamentario 4643 de 2005 señalaba: “Artículo 8°. *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.*”

²⁰ “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 (...).*”

²¹ “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,*

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 2011²², 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”

(...)

“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.”

En consecuencia, las atribuciones de fiscalización y sanción 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 2011²³.

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 nacional²⁴.

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 (...).”

²² 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.”

²³ 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.

²⁴ “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.”

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 Suerte y Azar respecto de los juegos territoriales no altera dicha circunstancia, pues conforme al artículo 3° del decreto 4144 de 2011, sus funciones no son de administración ni sancionatorias, sino, esencialmente, de regulación y vigilancia de los juegos locales.

Es del caso señalar que la función de vigilancia que el numeral 7° del artículo 3 del decreto 4144 de 2011 le atribuye al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en el orden local²⁵, 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 en que, como se dijo, no se le asignaron expresamente potestades sancionatorias y las mismas no pueden deducirse solamente de esa función general de vigilancia.

b. Sanciones por incumplimiento en la información, recaudo y aplicación de los recursos provenientes 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.²⁶

²⁵ "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."

²⁶ "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."

En segundo lugar, el artículo 68 de la ley 715 de 2001²⁷, 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 *por el incumplimiento de las instrucciones de esa superintendencia y de las normas que regulan el sector de la salud.*²⁸

En tercer lugar, la ley 1122 de 2007²⁹ dispone en el artículo 1° que su objeto es el fortalecimiento, entre otras, de las funciones de inspección, control y vigilancia de la prestación de los servicios de salud, aspecto que se concreta en el capítulo VIII de esa ley, en donde se definen dichas funciones a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud³⁰, destacándose para los fines de este conflicto su atribución de *“sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión”*.

En cuarto y último lugar, la Ley 1438 de 2011³¹ establece las conductas que vulneran el sistema de seguridad social en salud y el derecho a la salud, así como

²⁷ “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.”

²⁸ “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 pueden imputar al presupuesto de la entidad de la cual dependen.”

²⁹ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

³⁰ “Artículo 35. Definiciones. Para efectos del presente capítulo de la ley, se adoptan las siguientes definiciones:

A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.

Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión”. (Paréntesis textual).

³¹ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

las sanciones aplicables por la Superintendencia Nacional de Salud a los sujetos por ella vigilados.

Dice así el artículo 130 de la ley 1438 de 2011:

“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”.

En lo relativo a los sujetos vigilados por la Superintendencia Nacional de Salud, el artículo 121 de la ley 1438 de 2011 dispone:

Artículo 121. Sujetos de inspección, vigilancia y control de la superintendencia nacional de salud. Serán sujetos de inspección, vigilancia y control integral de la Superintendencia Nacional de Salud:

121.1 Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

121.2 Las Direcciones Territoriales de Salud en el ejercicio de las funciones que las mismas desarrollan en el ámbito del sector salud, tales como el aseguramiento, la inspección, vigilancia y control, la prestación de servicios de salud y demás relacionadas con el sector salud.

121.3 Los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos.

121.4 La Comisión de Regulación en Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, o quienes hagan sus veces.

121.5 Los que exploten, produzcan, administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de los juegos de suerte y azar.

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.

121.7 Las rentas que produzcan cervezas, sifones, refajos, vinos, aperitivos y similares y quienes importen licores, vinos, aperitivos y similares y cervezas.

121.8 Los que exploten, administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de los licores”.

Como se puede observar, las facultades sancionatorias que las leyes 643 y 715 de 2001, 1122 de 2007 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 a ella asignadas, 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 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Tampoco se ven afectadas por la derogatoria del artículo 45 de la Ley 643 de 2001³², 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 verificara 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, 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.

Dado que tal facultad sancionatoria en el sector salud está expresamente asignada a la Superintendencia Nacional de Salud por las leyes 715 de 2001, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, normas posteriores a la ley 643 de 2001, en nada afecta sus competencias en esta materia dicha derogatoria.

4. Análisis del conflicto planteado

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 el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, de forma que la competencia para llevar a cabo los procesos sancionatorios en casos como el presente, pasó a ser de esas entidades. Por su parte, COLJUEGOS considera que la competencia en que se fundó la apertura de la citada investigación no cambió ni fue trasladada a esa entidad ni al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, por lo que ninguno de ellos puede continuar con el trámite de dicha actuación.

³² 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 (...).

Lo primero que debe aclararse es que no le corresponde a la Sala pronunciarse sobre la adecuación típica de la falta o si la conducta es o no sancionable, pues esos son aspectos que deberá precisar la autoridad que por competencia deba pronunciarse en el fondo del asunto.

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 adelantar el procedimiento sancionatorio en estudio. En el auto número 008753 del 11 de noviembre de 2009, por el que ordenó la apertura de investigación administrativa y la formulación del pliego de cargos respecto de INVERSIONES OR LTDA. (después INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN), y más adelante al proferir la resolución No. 003661 del 12 de diciembre de 2011 por la cual ordenó el archivo de la investigación administrativa, la Superintendencia Nacional de Salud invocó sus facultades sancionatorias previstas en las leyes 100 de 1993, 643 de 2001, 715 de 200, 828 de 2003 y 1122 de 2007 y en el decreto 1018 de 2007. Así, en la parte motiva del Auto 008753 se lee:

“El numeral 2 del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, establece como función a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, imponer a las entidades respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, previa solicitud de explicaciones, multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción cuando desobedezcan las instrucciones y órdenes que imparta la Superintendencia.

“Aunado a lo anterior, el numeral 29 del artículo 6 del Decreto 1018 de 2007, reitera la facultad de la Superintendencia Nacional de salud para imponer multas a sus vigilados en los términos establecidos en las Leyes 100 de 1993, 643 de 2001, 715 de 2001, 828 de 2003, 1122 de 2007, previa solicitud de explicaciones. (...)”.

También debe llamarse la atención en el hecho de 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 salud³³.

Pues bien, según se explicó, 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

³³ El artículo 14 del decreto 1018 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.”

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 en 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 de la que ahora se revisa, pues en ninguna de sus tres causales sería posible adecuar la conducta imputada a INVERSIONES OR LTDA., luego INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN.

Por su parte, como también se señaló, las funciones del Consejo 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 le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud continuar con el proceso administrativo sancionatorio iniciado por ella, en la medida en que la competencia con base en la cual abrió la respectiva investigación no ha pasado a ninguna otra entidad.

Con fundamento en las razones expuestas

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Superintendencia Nacional de Salud para continuar con el procedimiento administrativo de que trata el expediente identificado con el número 0420201000302 en contra de INVERSIONES OR LTDA., luego INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN.

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

TERCERO: Se reconoce personería al abogado Fernando González Moya como apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del poder que le fue conferido, tal como obra en el expediente.

CUARTO: Comunicar la presente decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, a COLJUEGOS, a la Unidad de Información y análisis Financiero – UIAF y

a la sociedad INVERSIONES OR LTDA., luego INVERSIONES HERE LTDA. EN LIQUIDACIÓN, por intermedio de su representante legal.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala



LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado



OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala